

Analysen und Berichte zum Wirtschafts- und Steuerrecht

Herausgegeben von Jun.-Prof. Dr. iur. Heribert M. Anzinger



TECHNISCHE
UNIVERSITÄT
DARMSTADT

Fachbereich Rechts- und
Wirtschaftswissenschaften

No. 11

Khang Dinh Van

Verlustabzug gemäß § 8c KStG
nach dem
Wachstumsbeschleunigungsgesetz
vom 22.12.2009

Khang Dinh Van:

Verlustabzug gemäß dem § 8c KStG nach dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz vom 22.12.2009 / Khang Dinh Van - Darmstadt : Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Technischen Universität Darmstadt, 2010. - 82 S. : graph. Darst. - (Analysen und Berichte zum Wirtschafts- und Steuerrecht ; 11)

ISSN: 1868 - 0518

Bitte zitieren Sie dieses Dokument unter Angabe von:

URN: urn:nbn:de:tuda-tuprints-23661

URL: <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/2366>

Dieses Dokument wird bereitgestellt von tuprints, E-Publishing-Service der TU Darmstadt.

<http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de>

E-mail: tuprints@ulb.tu-darmstadt.de

Die Veröffentlichung steht unter folgender Creative Commons Lizenz:

Namensnennung-Keine kommerzielle Nutzung-Keine Bearbeitung 2.0 Deutschland

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/de/>



Zu dieser Reihe

In der Reihe Analysen und Berichte zum Wirtschafts- und Steuerrecht werden herausragende Studien- und Diplomarbeiten veröffentlicht, die einen Beitrag zum Erkenntnisgewinn insbesondere im Steuerrecht, im Bilanzrecht, im Unternehmensrecht, im Finanz-, Bank- und Kapitalmarktrecht und in angrenzenden Rechtsgebieten liefern wollen.

Anlass zur Begründung dieser Reihe war der Umstand, dass mir als Hochschullehrer immer wieder gute Arbeiten vorgelegt wurden, deren Gedanken und Erkenntnisse ich gerne einer breiteren Fach-öffentlichkeit zugänglich gemacht hätte. Doch zu oft ließen vereinzelte methodologische Zweifel, kleinere formale Mängel oder schlicht der Umfang der Arbeiten den Weg zu einer wissenschaftlichen Zeitschriftenveröffentlichung als weit erscheinen. Und die studentischen Verfasser hatten zwar regelmäßig großes Interesse an einer Veröffentlichung, oft aber bereits bei Abgabe ihrer Arbeiten mit dem ersten Arbeitsvertrag ausgestattet, nicht mehr die Zeit zu den dafür notwendigen Kürzungen und Überarbeitungen.

Diese ausdrücklich als Forum für Studien- und Diplomarbeiten deklarierte Reihe ermöglicht es, weiterführende studentische Analysen und Berichte unredigiert herauszugeben.

Dr. iur. Heribert M. Anzinger, Juniorprofessor für Steuerrecht



Vorwort

Die wirtschaftliche Bedeutung steuerlicher Verlustvorträge lässt sich kaum eindrucksvoller als in den nach internationalen Bilanzierungsregeln aktivierten latenten Steuern ausdrücken. Für das Geschäftsjahr 2007 wies der amerikanische Autohersteller General Motors einen Verlust von 38,7 Mrd. € aus. Dieser Verlust war überwiegend auf eine Abschreibung auf die aktiven latenten Steuern zurückzuführen, die erforderlich wurde, weil die Nutzung eines hohen Verlustvortrags nicht mehr möglich erschien. Es geht bei Verlustvorträgen also regelmäßig um sehr viel Geld – und zwar sowohl für das einzelne Unternehmen als auch für den Fiskus.

Vor diesem wirtschaftlichen Hintergrund ist § 8 c KStG zu betrachten. Er beschränkt nicht das Entstehen oder die Verwertung von Verlustvorträgen, sondern entscheidet über deren Schicksal in den Fällen, in denen Anteile an der Kapitalgesellschaft übergehen, in der die Verlustvorträge entstanden sind. Ursprünglich als Missbrauchsvermeidungsregelung konzipiert, dient § 8 c KStG mittlerweile aus der Sicht des Fiskus vor allem der Steueraufkommenssicherung. Aus unternehmerischer Sicht verteuert § 8 c KStG Sanierungsmaßnahmen für notleidende Unternehmen.

Um zumindest diese Sanierungsmaßnahmen zu fördern, hat der Gesetzgeber im Wachstumsbeschleunigungsgesetz v. 22.12.2009 zusätzliche Ausnahmen vom Verlustuntergang nach einem Anteilsübergang normiert.

Von diesen Ausnahmen handelt die Untersuchung von Herrn Khang Dinh Van. Er geht darin, aus rechtlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht, dem Zielerreichungsgrad der gesetzlichen Neuregelungen nach.

Im Dezember 2010

Dr. iur. Heribert M. Anzinger, Juniorprofessor für Steuerrecht



Khang Dinh Van

Verlustabzug gemäß dem § 8c KStG nach
dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz vom
22.12.2009



Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	9
A. Einleitung.....	12
B. Die Verlustabzugsbeschränkung in § 8c Abs. 1 Satz 1 bis 4 KStG	14
I. Entstehungsgeschichte und Zweck der Regelung	14
II. Anwendungsbereich	16
III. Tatbestandsvoraussetzungen	16
IV. Rechtsfolgen	19
V. Fallbeispiele.....	19
C. Die Ausnahmen von der Verlustabzugsbeschränkung in § 8c Abs. 1 Satz 5 bis 8 KStG	26
I. Zielsetzungen des Gesetzgebers.....	26
II. Die neu eingeführten Klauseln	28
1. Konzernklausel.....	28
a) Übertragender und übernehmender Rechtsträger	28
b) Der Begriff „dieselbe Person“	31
c) Der Beteiligungsbegriff.....	34
d) Der dreistufige Aufbau	35
aa) Erwerbsvorgänge mit Beteiligung der Konzernspitze	36
bb) Problematik eines zweistufigen Aufbaus.....	38
cc) Gestaltungsmöglichkeit durch Zwischenerwerb.....	38
e) Das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ der 100-Prozent-Beteiligung	39
aa) Geringfügige Beteiligung eines Dritten.....	39
bb) Quotale Beteiligungsidentität bei Überträger und Übernehmer	41
cc) Addition von Beteiligungen.....	42
dd) Maßgeblicher Zeitpunkt und Haltefrist	43
f) Konzerninterne Umstrukturierungen durch Verschmelzungen	44
aa) Aufwärtsverschmelzung	44
bb) Abwärtsverschmelzung	45
g) Die Problematik des gestreckten Erwerbs	45

2. „Stille Reserven-Escape“-Klausel	47
a) Voraussetzungen und Funktionsweise.....	47
b) Ermittlung der stillen Reserven	48
c) Ausschluss nicht im Inland steuerpflichtiger stiller Reserven.....	50
d) Stille Reserven aus Beteiligungen im Sinne des § 8b Abs. 2 KStG	52
e) Unzulässigkeit der steuerlichen Rückwirkung	52
f) Erwerb von mehrstufigen Beteiligungen	54
aa) Organschaften.....	55
bb) Nachgeordnete Personengesellschaften.....	56
g) Verschonungsreihenfolge bei verschiedenen Verlustarten.....	57
III. Folgerungen für die Fallbeispiele	59
D. Würdigung der Gesetzesänderungen anhand der Konzernsteuerquote.....	69
I. Die Konzernsteuerquote als Beurteilungsmaßstab.....	69
1. Vorteile des Konzepts der Konzernsteuerquote.....	69
2. Definition.....	70
3. Latente Steuern und Verlustvorträge	70
II. Auswirkungen der Neuregelungen auf die Konzernsteuerquote in den Fallbeispielen	71
E. Fazit.....	74
Literaturverzeichnis	78

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
AStG	Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
Diss.	Dissertation
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
EStDV	Einkommensteuer-Durchführungsverordnung
EStG	Einkommensteuergesetz

et al.	et alii
EU	Europäische Union
FR	Finanzrundschau für Einkommensteuer mit Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer (Zeitschrift)
FMStG	Finanzmarktstabilisierungsgesetz
FMStFG	Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
IAS	International Accounting Standards
IFRS	International Financial Reporting Standards
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KStG	Körperschaftsteuergesetz
Mio.	Millionen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung

OHG	Offene Handelsgesellschaft
Rdnr.	Randnummer
StuB	Steuern und Bilanzen (Zeitschrift)
StuW	StuW Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
Ubg	Unternehmensbesteuerung (Zeitschrift)
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
Univ.	Universität
US-GAAP	United States Generally Accepted Accounting Principles
z. B.	zum Beispiel

A. Einleitung

Die Nutzung von steuerlichen Verlustvorträgen ist für Unternehmen von großer praktischer Bedeutung hinsichtlich der Steuergestaltung. Nicht genutzte Verluste aus wirtschaftlich kritischen Zeiten können nach § 10d Abs. 2 EStG bis zu einer Höhe von einer Millionen Euro unbeschränkt und über diesen Betrag hinaus zu 60 Prozent in späteren Veranlagungszeiträumen mit Gewinnen verrechnet werden, um somit die Steuerbelastung in diesen Zeiträumen senken zu können. Den jüngsten Daten des Statistischen Bundesamtes zufolge hatten über 200.000 Steuerpflichtige zum 31. Dezember des Berichtsjahres 2004 ein Gesamtvolumen von etwa 320 Milliarden Euro als verbleibenden Verlustabzug zu verzeichnen¹. Vor allem bei Existenzgründungen oder in Zukunftstechnologien investierende Unternehmen hat die Verrechnung von Anlaufverlusten einen hohen Stellenwert².

Der § 8c KStG a.F. begrenzte diese Verrechnungsmöglichkeit beim Erwerb von Anteilen und Umstrukturierungen erheblich³: Demnach gingen bei einem sogenannten „schädlichen Beteiligungserwerb“ die nicht genutzten Verluste quotal bzw. vollständig unter, wenn innerhalb von fünf Jahren mehr als 25 Prozent bzw. mehr als 50 Prozent der Anteile an einer Körperschaft übertragen werden – und zwar ohne Ausnahmen. Bei der heutzutage großen Anzahl und Relevanz von Übernahmen und Fusionen stellt diese Einschränkung ein enormes Hemmnis dar. Ein anteiliger oder gar kompletter Verlustuntergang macht derartige Transaktionen und Vorgänge aus steuerlicher Sicht außerordentlich unattraktiv – obwohl sie in bestimmten Fällen, insbesondere bei konzerninternen Umstrukturierungen zur Effizienzsteigerung oder bei Übernahmen von angeschlagenen Unternehmen, wirtschaftlich notwendig und dadurch vom Staat gar erwünscht sind.

Daher hat die Bundesregierung, um den Folgen der jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrise entgegenzuwirken, ein Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums - kurz Wachstumsbeschleunigungsgesetz - entworfen⁴, das am 30. Dezember 2009 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht wurde⁵ und zum 1. Januar 2010 in Kraft trat. Durch dieses Gesetz wurde neben zahlreichen anderen Änderungen die Vorschrift § 8c KStG zum Verlustabzug bei Körperschaften um vier Sätze erweitert⁶, die in zwei Klauseln eingeteilt werden können: Die sogenannte Konzernklausel soll nunmehr konzerninterne Umstrukturierungen, bei denen keine Verschiebung von Verlusten auf Dritte stattfindet, von der Verlustabzugsbeschränkung ausnehmen. Zugleich wird durch die „Stille

¹ Vgl. Statistisches Bundesamt, Körperschaftsteuerstatistik, URL: <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online;jsessionid=BB43EE6445DFF20A45E9B180A78444A1.tcgggen1?operation=statistikAbruftabellen&levelindex=0&levelid=1272731105849&index=2> (01.05.2010).

² Vgl. Lenz/Ribbrock, BB 2007, 587, 589.

³ Vgl. Wittkowski/Hielscher, DB 2010, 11.

⁴ Vgl. BT-Drucks. 17/15.

⁵ Vgl. BGBl. I 2009, 3950.

⁶ Vgl. BGBl. I 2009, 3952. Mit dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz wurde zudem die „Sanierungsklausel“ in § 8c Abs. 1a KStG eingeführt, die den Verlustuntergang in Sanierungsfällen verhindert, aber nicht Gegenstand dieser Arbeit ist. Zudem hat die EU-Kommission in einem Schreiben vom 24.02.2010 mitgeteilt, dass sie Zweifel an der Vereinbarkeit der Regelung mit dem Gemeinsamen Markt habe. Daher wurde ein Prüfverfahren eröffnet, wodurch der § 8c Abs. 1a KStG bis zu einem Beschluss der EU-Kommission außer Kraft gesetzt ist (vgl. dazu BMF-Schreiben vom 30.04.2010 - IV C 2 - S 2745-a/08/10005).

Reserven-Escape“-Klausel die Höhe des Verlustuntergangs bei einem Beteiligungserwerb unter Einbeziehung der stillen Reserven der Verlustgesellschaft begrenzt⁷.

Im Rahmen dieser Arbeit werden die beiden Klauseln einer näheren Untersuchung hinsichtlich ihrer praktischen Auswirkung auf Übertragungen und Umstrukturierungsmaßnahmen unterzogen. Anhand dieser Untersuchung soll beurteilt werden, inwiefern die Neuregelungen den Zielsetzungen des Gesetzgebers entsprechen. Dazu werden nach einer Darlegung der Verlustabzugsbeschränkung gemäß § 8c Abs. 1 KStG Satz 1 bis 4 einige Fallbeispiele zur Veranschaulichung von relevanten Sachverhalten eingeführt. Im darauffolgenden Abschnitt werden die Zielsetzungen des Gesetzgebers in Bezug auf die Gesetzesänderungen dargestellt. Sowohl die Konzernklausel als auch die „Stille Reserven-Escape“-Klausel werden im Anschluss erläutert und hinsichtlich ihres Wortlauts sowie ihrer Auslegung kritisch diskutiert, wobei der Schwerpunkt vor allem auf konzerninterne Umstrukturierungen gelegt wird. Aus dieser Diskussion heraus wird diese Arbeit eine eigene Position hinsichtlich der kritischen Punkte herausarbeiten. Die daraus resultierenden Folgen werden für die im vorherigen Abschnitt eingeführten Fallbeispiele – die zu diesem Zweck teilweise auch modifiziert oder erweitert werden – untersucht und gemessen an den Intentionen des Gesetzgebers beurteilt.

Der vierte Abschnitt dieser Arbeit wird eine Würdigung der beiden genannten Klauseln des § 8c KStG n.F. anhand einer betriebswirtschaftlichen Größe, der Konzernsteuerquote, vornehmen. Dabei wird auch rein argumentativ auf die Konsequenzen für die anfänglich eingeführten Fallbeispiele Bezug genommen. Abschließend stellt das Fazit in einer Zusammenfassung die entscheidenden Kritikpunkte mit ihren Auswirkungen auf praxisrelevante Anteilerwerbe und Umstrukturierungen dar. Daraus wird eine Bewertung dazu erfolgen, ob durch die Gesetzesänderungen – unter Betrachtung der in den vorangegangenen Abschnitten herausgearbeiteten Auslegung – die Zielsetzungen des Gesetzgebers umgesetzt werden konnten.

⁷ Vgl. BT-Drucks. 17/15, 19.

B. Die Verlustabzugsbeschränkung in § 8c Abs. 1 Satz 1 bis 4 KStG

I. Entstehungsgeschichte und Zweck der Regelung

§ 8c Abs. 1 Satz 1 bis 4 KStG – Verlustabzug bei Körperschaften

(1) ¹Werden innerhalb von fünf Jahren mittelbar oder unmittelbar mehr als 25 Prozent des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, Beteiligungsrechte oder der Stimmrechte an einer Körperschaft an einen Erwerber oder diesem nahe stehende Personen übertragen oder liegt ein vergleichbarer Sachverhalt vor (schädlicher Beteiligungserwerb), sind insoweit die bis zum schädlichen Beteiligungserwerb nicht ausgeglichenen oder abgezogenen negativen Einkünfte (nicht genutzte Verluste) nicht mehr abziehbar. ²Unabhängig von Satz 1 sind bis zum schädlichen Beteiligungserwerb nicht genutzte Verluste vollständig nicht mehr abziehbar, wenn innerhalb von fünf Jahren mittelbar oder unmittelbar mehr als 50 Prozent des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, Beteiligungsrechte oder der Stimmrechte an einer Körperschaft an einen Erwerber oder diesem nahe stehende Personen übertragen werden oder ein vergleichbarer Sachverhalt vorliegt. ³Als ein Erwerber im Sinne der Sätze 1 und 2 gilt auch eine Gruppe von Erwerbern mit gleichgerichteten Interessen. ⁴Eine Kapitalerhöhung steht der Übertragung des gezeichneten Kapitals gleich, soweit sie zu einer Veränderung der Beteiligungsquoten am Kapital der Körperschaft führt. [...]

Am 17. August 2007 wurde das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14. August 2007 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht⁸. Der § 8c KStG a.F., der in der Fassung nach dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz 2009 in § 8c Abs. 1 Satz 1 bis 4 zu finden ist⁹, wurde im Zuge dieser Reform als Nachfolgeregelung für die sogenannte „Mantelkaufvorschrift“ § 8 Abs. 4 KStG a.F. eingeführt¹⁰. Beide Regelungen, die alte sowie auch ihr Nachfolger, sollten den Missbrauch durch Handel mit Verlustvorträgen verhindern¹¹. Seitens der Finanzverwaltung wird allerdings die Einführung des § 8c KStG a.F. vor allem mit der Finanzierung der Senkung des Körperschaftsteuersatzes von 25 auf 15 Prozent gerechtfertigt¹². Als inhaltlich ausschlaggebender Grund für das Ersetzen des § 8 Abs. 4 a.F. zum Mantelkauf wird der Umstand angeführt, dass dieser „kompliziert und gestaltungsanfällig“¹³ sei und nun eine „einfachere und zielgenauere“¹⁴ Vorschrift implementiert werden solle. Unklarheiten in Bezug auf die Auslegung von entscheidenden Tatbestandsmerkmalen und der zeitlichen Anwendung

8 Vgl. BGBl. I 2007, 1912.

9 Im weiteren Verlauf der Arbeit wird, außer im Falle des Zusatzes „a.F.“, immer die neue Fassung nach dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz 2009 bei Nennung der Norm § 8c KStG gemeint sein.

10 Vgl. BGBl. I 2007, 1928.

11 Vgl. Bundesministerium für Finanzen, Monatsbericht des BMF – März 2007, Die Unternehmensteuerreform 2008, 87, 98; Lenz, in: Kessler/Förster/Watrin, Festschrift Herzig, 131.

12 Vgl. Bundesministerium für Finanzen, Monatsbericht des BMF – März 2007, Die Unternehmensteuerreform 2008, 87, 97 f.

13 Bundesministerium für Finanzen, Monatsbericht des BMF – März 2007, Die Unternehmensteuerreform 2008, 87, 98.

14 BR-Drucks. 220/07, 127.

wurde besonders in der Literatur oft kritisiert und waren teilweise Gegenstand von Gerichtsverfahren¹⁵. Vor allem die Definition der „wirtschaftlichen Identität“, deren Verlust beim Anteilseignerwechsel die Nutzung von Verlustvorträgen im Rahmen der Norm unterbindet, ließ eine Sicherheit bei der Auslegung vermissen¹⁶. Die letztmalige Anwendung des § 8 Abs. 4 KStG ist nach § 34 Abs. 6 Satz 3 KStG für eine Anteilsübertragung von mehr als 50 Prozent bei einer Kapitalgesellschaft innerhalb eines vor dem 01.01.2008 beginnenden Zeitraums vorgesehen, sofern der Verlust der wirtschaftlichen Identität vor dem 01.01.2013 eintritt.

Der § 8c KStG a.F. sollte zusätzlich durch das Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) um einen zweiten Absatz erweitert werden. Dieser sah unter bestimmten Voraussetzungen die Verschonung des Verlustuntergangs in Höhe der stillen Reserven im inländischen Betriebsvermögen für einen schädlichen Beteiligungserwerb, bei dem eine Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft i.S.d. § 2 Abs. 1 WKBG Anteile überträgt oder erwirbt, vor¹⁷. Jedoch wurde diese Regelung von der EU-Kommission als steuerliche Beihilfe i.S.v. Artikel 87 Abs. 1 EG-Vertrag qualifiziert¹⁸ und ist somit nicht in Kraft getreten. Mit dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) vom 17. Oktober 2008¹⁹ sind zudem nach § 14 Abs. 3 FMStFG der Erwerb von Anteilen oder deren Rückübertragung durch den Staatsfonds vom § 8c KStG auszunehmen²⁰.

Während die alte „Mantelkaufvorschrift“ darauf abzielte, die Verlustnutzung im Falle des Verlustes der wirtschaftlichen Identität der übertragenden Gesellschaft – auch bei Fortbestehen der rechtlichen Identität – zu unterbinden²¹, stellt der § 8c KStG eine beträchtliche Verschärfung der Missbrauchsregelung dar²²: Demnach liegt gemäß § 8c Abs. 1 Satz 1 bis 4 KStG ein schädlicher Beteiligungserwerb mit der Folge eines Verlustuntergangs vor, falls ein bestimmter Anteil an einer Körperschaft innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren an einen Erwerber oder eine Erwerbergruppe übertragen wird oder ein ähnlicher Sachverhalt vorliegt. Dabei gehen die nicht genutzten Verluste der Körperschaft bei einer Übertragung von mehr als 25 Prozent der Anteile entsprechend quotale unter. Werden dagegen mehr als 50 Prozent der Anteile übertragen, so wird ein vollständiger Untergang ausgelöst. Folglich wird nicht mehr wie in der alten Regelung im § 8 Abs. 4 KStG a.F. auf die wirtschaftliche Identität abgestellt, sondern auf die Tatsache eines Anteilseignerwechsels²³. Laut Gesetzgeber komme ein wirtschaftliches Engagement eines anderen Anteilseigners einer Veränderung der wirtschaftlichen Identität der übertragenden Gesellschaft gleich, wodurch frühere Verluste nicht zu berücksichtigen seien, wenn diese auf das neue wirtschaftliche Engagement entfielen²⁴. Ein Verlustabzug verursacht einen steuerlichen Vorteil auf

¹⁵ Vgl. BR-Drucks. 220/07, 127.

¹⁶ Vgl. Lenz/Ribbrock, BB 2010, 587, 588.

¹⁷ Vgl. BGBl. I 2008, 1677.

¹⁸ Vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission vom 30.09.2009 – C2/2009 (ex N 221/2008 und N 413/2008)

¹⁹ Vgl. BGBl. I 2008, 1982. Durch Artikel 1 Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz (FMStFG).

²⁰ Vgl. Pott/Wittkowski, StuW 2009, 139, 141.

²¹ Vgl. Lenz/Ribbrock, BB 2007, 587, 588.

²² Vgl. Lenz/Ribbrock, BB 2007, 587.

²³ Vgl. Lenz, in: Kessler/Förster/Watrin, Festschrift Herzig, 131.

²⁴ Vgl. BR-Drucks. 220/07, 125 f.

Ebene der Verlustgesellschaft und daher eine wirtschaftliche Begünstigung des neuen Gesellschafters hinsichtlich der ihn betreffenden Gewinnausschüttung und den Wert seiner Beteiligung an der Gesellschaft²⁵. Weder im Wortlaut, noch in der Gesetzesbegründung des § 8c KStG selbst lässt sich jedoch eine Aussage darüber finden, aus welchem Grund überhaupt Verlustvorträge im Falle des schädlichen Beteiligungserwerb nicht genutzt werden dürfen. Lediglich die mittel- und langfristige Erhöhung der Steuereinnahmen als eines der generellen Ziele der Unternehmensteuerreform 2008²⁶ sowie die bereits erwähnte Finanzierung der Senkung des Körperschaftsteuersatzes sind diesbezüglich anzuführen.

II. Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich umfasst unbeschränkt und beschränkt steuerpflichtige Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen i.S.d. § 1 Abs. 1 KStG. Daher ist nach der Auffassung der Finanzverwaltung auch über den Wortlaut „Verlustabzug bei Körperschaften“ hinaus der § 8c KStG auf Anstalten und Stiftungen anzuwenden²⁷. Die im Gesetzeswortlaut mehrfach genannten „nicht genutzte(n) Verluste“, die bei Erfüllung des Tatbestands entsprechend quotaal oder vollständig untergehen, definiert der Gesetzgeber in § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG als nicht ausgeglichene oder abgezogene negative Einkünfte. Der Finanzverwaltung zufolge fallen in den sachlichen Anwendungsbereich insbesondere Verluste nach § 2a und § 15 Abs. 4 EStG, der Verlustvortrag und -rücktrag gemäß § 10d EStG, gewerbesteuerliche Fehlbeträge nach § 10 a Satz 9 GewStG sowie Zinsvorträge nach § 4h Abs. 1 Satz 2 EStG i.V.m. § 8a Abs. 1 Satz 3 KStG. Weiterhin werden über den Gesetzeswortlaut hinaus nicht nur nicht genutzte Verluste, sondern auch verrechenbare Verluste nach § 15a und § 15b EStG mit einbezogen²⁸.

III. Tatbestandsvoraussetzungen

Die Rechtsfolgen des § 8c KStG treten bei einem sogenannten schädlichen Beteiligungserwerb ein, der in Abs. 1 Satz 1²⁹ definiert wird. Ein schädlicher Beteiligungserwerb liegt dementsprechend vor, wenn innerhalb von fünf Jahren mittelbar oder unmittelbar mehr als 25 Prozent des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, Beteiligungsrechte oder der Stimmrechte an einer Körperschaft übertragen werden. Weiterhin führen im Gesetzeswortlaut nicht näher definierte „vergleichbare Sachverhalte“ ebenfalls zu einem schädlichen Beteiligungserwerb. Die Finanzverwaltung nennt diesbezüglich im BMF-Schreiben vom 4. Juli 2008 konkrete Beispiele wie

²⁵ Vgl. Cortez/Brucker, BB 2010, 734.

²⁶ Vgl. BR-Drucks. 220/07, 1 f.

²⁷ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DSStR 2008, 1436, Rdnr. 1.

²⁸ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DSStR 2008, 1436, Rdnr. 2; Cortez/Brucker, BB 2010, 734, 735.

²⁹ Gemeint ist hier der § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG. Im Folgenden ist, wenn nicht explizit eine andere Norm dazu genannt wird, bei reiner Nennung von Absätzen ohne Norm (z.B. „Abs. 1“) immer die Zugehörigkeit zum § 8c KStG n.F. zu verstehen, bei reiner Nennung eines Satzes (z.B. „Satz 1“) wiederum die Zugehörigkeit zum § 8c Abs. 1 KStG n.F.

den Erwerb von Genussscheinen i.S.d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG oder den Erwerb eigener Anteile, wenn sich hierdurch die Beteiligungsquoten ändern³⁰. Bei einer Übertragung von mehreren Rechten und Anteilen gleichzeitig ist auf den Vorgang abzustellen, der die weitestgehende Anwendung der Norm zulässt³¹.

Entscheidend für die Tatbestandsvoraussetzung der mittelbaren oder unmittelbaren Übertragung von Anteilen i.S.d. § 8c Abs. 1 KStG ist der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach § 39 AO im Zuge einer rechtsgeschäftlichen Übertragung von bestehenden Anteilen unter Lebenden³². Daher ist es für den Tatbestand unerheblich, ob der Beteiligungserwerb entgeltlich im Rahmen einer Einzelrechtsnachfolge oder unentgeltlich – etwa durch Schenkung oder im Rahmen einer Gesamtrechtsnachfolge beispielsweise infolge einer Verschmelzung – erfolgt³³. Im Erbfall ist bei einer Übertragung auf eine natürliche Person dagegen zu unterscheiden, ob der Vorgang unentgeltlich oder entgeltlich ist. Letzteres ist bereits bei einem geringem Umfang schädlich i.S.d. § 8c Abs. 1 KStG³⁴. Auch eine konzerninterne Umstrukturierung ist nicht als Tatbestand der Norm ausgeschlossen, sondern wird von der Finanzverwaltung gar in einem Beispiel angeführt³⁵.

Neben der Übertragung von Anteilen kann können ebenso eine Kapitalerhöhung nach Satz 4 oder eine Erhöhung anderer Beteiligungsrechte i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 wie beispielsweise Stimmrechte zu einem schädlichen Beteiligungserwerb führen. Abzustellen ist hier auf die Eintragung in das Handelsregister. Voraussetzung für die Schädlichkeit des Vorgangs ist, dass durch diesen entweder die Beteiligung der Erwerber an der Verlustgesellschaft danach mehr als 25 Prozent beträgt oder sich eine bereits bestehende Beteiligung um mehr als 25 Prozentpunkte erhöht hat. Auch eine entsprechende Kapitalerhöhung oder Erhöhung anderer Beteiligungsrechte an einer Gesellschaft, die wiederum an einer Verlustgesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, erfüllt die Tatbestandsvoraussetzungen des schädlichen Beteiligungserwerbs. Voraussetzung ist, dass sich durch den Vorgang die mittelbare Beteiligungsquote des Erwerbers bzw. Erwerberkreises an der Verlustgesellschaft um 25 Prozentpunkte und damit um einen schädlichen Umfang erhöht³⁶.

Erwerber i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 kann jede sowohl natürliche als auch juristische Person sein. Die Finanzverwaltung bezieht zudem auch Mitunternehmerschaften i.S.d. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG und vermögensverwaltende Personengesellschaften mit ein, wobei für letztere eine Zurechnung nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO anzuwenden

³⁰ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DSitR 2008, 1436, Rdnr. 7. Hier finden sich auch sieben von der Finanzverwaltung angeführte Beispiele für einen vergleichbaren Sachverhalt.

³¹ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DSitR 2008, 1436, Rdnr. 5.

³² Vgl. *Cortez/Brucker*, BB 2010, 734, 735.

³³ Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2010, 923, 929.

³⁴ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DSitR 2008, 1436, Rdnr. 4.

³⁵ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DSitR 2008, 1436, 1437, Rdnr. 11.

³⁶ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DSitR 2008, 1436, 1437, Rdnr. 9 f.

ist³⁷. Die Anteilsübertragung kann zudem auch an einen sogenannten Erwerberkreis erfolgen. Es sind drei verschiedene Arten eines solchen denkbar:

- eine „Zusammenrechnungsgruppe“ bestehend aus einem Erwerber und ihm nahestehenden Personen oder
- ein Erwerber und ihm nicht nahestehende Personen mit gleichgerichteten Interessen, oder
- der Erwerber, ihm nahestehende Personen sowie Personen, die nach Satz 4 mit dem Erwerber selbst oder mit den dem Erwerber nahestehenden Personen gleichgerichtete Interessen haben³⁸.

Die einzelnen Erwerbsvorgänge des Erwerberkreises werden zur Überprüfung der Schädlichkeit zusammenge-rechnet³⁹. Soweit eine Abstimmung zwischen den Mitgliedern eines Erwerberkreises erfolgt ist, kann von einem gleichgerichteten Interesse ausgegangen werden. Ein Vertrag ist keine zwingende Voraussetzung, ebenso nicht die Intention, einen gemeinsamen Zweck i.S.d. § 705 BGB zu erfüllen – beides kann aber als ausreichende Begründung gleichgerichteter Interessen herangezogen werden. Der Erhalt des Verlustvortrages muss allerdings nicht das Ziel der gleichgerichteten Interessen sein. Auch die gemeinsame Beherrschung der zu übernehmenden Körperschaft oder eine einheitliche Willensbildung beispielsweise können gleichgerichtete Interessen implizieren⁴⁰.

Eine weitere Tatbestandsvoraussetzung des § 8c Abs. 1 KStG ist die Beschränkung des Zeitraums auf fünf Jahre, in dem die Übertragung von mehr als 25 Prozent des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, Beteiligungsrechte oder der Stimmrechte an einer Körperschaft erfolgen muss. Dieser Zeitraum von fünf Jahren beginnt mit dem ersten unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligungserwerb durch den Erwerber bzw. Erwerberkreis. Dabei ist es unerheblich, ob zum Zeitpunkt des ersten Beteiligungserwerbs ein nicht genutzter Verlust vorliegt. Bei mehreren Erwerbsvorgängen durch den Erwerber oder die Mitglieder eines Erwerberkreises ist auf die Summe der übertragenden Anteile innerhalb von fünf Jahren abzustellen – übersteigt die Summe die Grenze von 25 Prozent, so liegt ein schädlicher Beteiligungserwerb vor und der Fünf-Jahres-Zeitraum i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG beginnt von neuem. Finden mehrere Erwerbsvorgänge eines Erwerbers bzw. Erwerberkreises innerhalb eines Jahres statt oder sind diese in einen Gesamtplan einzuordnen, so werden sie automatisch zu einem Erwerb zusammengefasst. Für den vollständigen Verlustuntergang im Zuge einer Anteilsübertragung von mehr als 50 Prozent ist dabei ein eigener Zeitraum von fünf Jahren anzusetzen. Ein quotaler Verlustuntergang nach Satz 1 verursacht somit keinen Neubeginn des Fünf-Jahres-Zeitraums für die Verlustabzugsbeschränkung nach

³⁷ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DStR 2008, 1436, 1438, Rdnr. 24.

³⁸ Vgl. *Dötsch*, in: Spindler/Tipke/Rödter, Festschrift Schaumburg, 253, 273 f.

³⁹ Vgl. *Cortez/Brucker*, BB 2010, 734, 735; *Neyer*, BB 2010, 1055, 1056.

⁴⁰ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DStR 2008, 1436, 1438, Rdnr. 26 f.

Satz 2. Die für Anwendung des Satz 1 ursächlichen Erwerbe sind für Zwecke des Satzes 2 nochmals zu berücksichtigen⁴¹.

IV. Rechtsfolgen

Durch einen schädlichen Beteiligungserwerb i.S.d. § 8c Abs. 1 KStG werden die bis dahin nicht genutzten Verluste im Wirtschaftsjahr, in dem der schädliche Vorgang erfolgte, in nicht abziehbare Verluste umqualifiziert⁴² und sind somit von der Verrechnungsmöglichkeit mit Gewinnen i.S.d. § 10d EStG sowie auch dem Rücktrag in vorangegangene Veranlagungszeiträume ausgeschlossen. Das prozentuale Ausmaß des Verlustuntergangs richtet sich nach dem Umfang der Anteilsübertragung. Werden an einen Erwerber im Rahmen eines Beteiligungserwerbs innerhalb von fünf Jahren mehr als 25 Prozent, aber weniger als 50 Prozent der Anteile an einer Körperschaft übertragen, so geht der Verlust nach § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG entsprechend quotaal unter, also mit dem gleichen Prozentsatz. Bei einem Beteiligungserwerb von mehr als 50 Prozent können bis dahin nicht genutzte Verluste unabhängig vom Umfang der Anteilsübertragung vollständig nicht mehr abgezogen werden.

Bei einem sogenannten unterjährigen Beteiligungserwerb werden Anteile während eines laufenden Wirtschaftsjahres übertragen. In diesem Fall ist auf alle Verluste, die bis zum Zeitpunkt des schädlichen Beteiligungserwerbs der Gesellschaft zuzurechnen sind, die Rechtsfolge des Untergangs nach § 8c Abs. 1 KStG anzuwenden. Dabei ist der Verlust des gesamten Wirtschaftsjahres, in der die Anteilsübertragung erfolgte, zeitanteilig aufzuteilen. Beim Erwerb eines Organträgers sind zusätzlich die noch nicht hinzugerechneten anteiligen negativen Einkünfte der Organgesellschaften mit einzubeziehen⁴³.

V. Fallbeispiele

Es folgen einige Fallbeispiele, die die Rechtsfolgen des § 8c Abs. 1 Satz 1 bis 4 KStG ohne Berücksichtigung der Änderungen durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz verdeutlichen werden. Dies werden bis auf wenige Ausnahmen vor allem konzerninterne Umstrukturierungen sein, da auf diesen der Fokus in den Folgekapiteln der Arbeit liegt und sie denselben Rechtsfolgen i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 bis 4 KStG ausgesetzt sind, wie auch die Anteilserwerbe über die Grenzen eines Konzerns hinaus. Einige dieser Fallbeispiele werden im Laufe der Arbeit, gegebenenfalls auch mit kleinen Modifikationen, nochmals für die Würdigung der Gesetzesänderungen, die in den nächsten Abschnitten dargestellt und diskutiert werden, herangezogen.

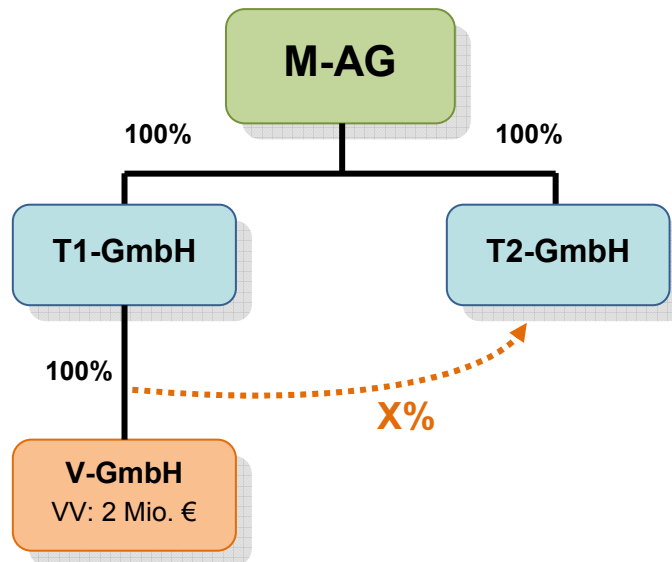
⁴¹ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DStR 2008, 1436, 1437, Rdnr. 16 ff.

⁴² Vgl. *Cortez/Brucker*, BB 2010, 734, 735.

⁴³ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DStR 2008, 1436, 1438, Rdnr. 33.

Beispiel 1: Unmittelbare Anteilsübertragung

Die M-AG hält jeweils 100 Prozent der Anteile an der T1-GmbH und der T2-GmbH. Die T1-GmbH wiederum ist Alleingesellschafter der V-GmbH, die einen Verlustvortrag (VV) von 2 Mio. Euro aufweist. Auf die T2-GmbH werden X Prozent der Anteile an der V-GmbH übertragen.



Fall A: Die T2-GmbH erhält 20 Prozent der Anteile an der V-GmbH.

Lösung: In diesem Fall liegt kein schädlicher Beteiligungserwerb i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG vor, da die Tatbestandsvoraussetzung der Anteilsübertragung von mehr als 25 Prozent nicht erfüllt ist. Die Verlustvorträge in Höhe von 2 Mio. Euro bleiben vollständig erhalten.

Fall B: Die T2-GmbH erhält 30 Prozent der Anteile an der V-GmbH.

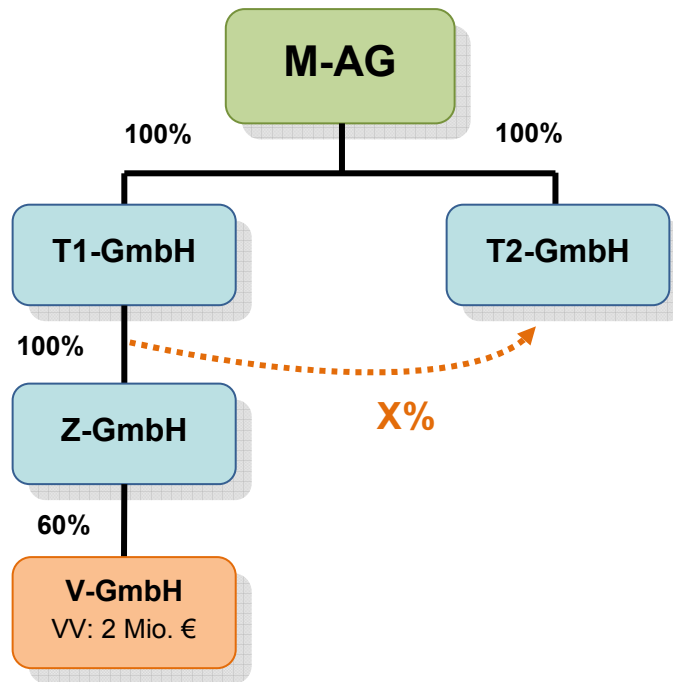
Lösung: Da die GmbH mehr als 25 Prozent der Anteile an der V-GmbH erwirbt, tritt die Rechtsfolge des § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG ein und der Verlustvortrag geht quotale unter. Von den 2 Mio. Euro sind 30 Prozent, also 0,6 Mio. Euro, nicht mehr abziehbar. Der nutzbare Verlustvortrag der V-GmbH verringert sich auf 1,4 Mio. Euro.

Fall C: Die T2-GmbH erhält 60 Prozent der Anteile an der V-GmbH.

Lösung: Hier greift nun die Rechtsfolge von § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG. Da nun mehr als 50 Prozent der Anteile an der V-GmbH übertragen wurden, geht der Verlustvortrag von 2 Mio. Euro unabhängig vom prozentualen Umfang des Beteiligungserwerbs vollständig unter.

Beispiel 2: Mittelbare Anteilsübertragung

Die M-AG ist zu jeweils 100 Prozent an der T1-GmbH und der T2-GmbH beteiligt. Die T1-GmbH wiederum besitzt sämtliche Anteile an der Z-GmbH, die mit einer Quote von 60 Prozent an der V-GmbH beteiligt ist. Die V-GmbH hat einen Verlustvortrag von 2 Mio. Euro zu verzeichnen.



Nun werden X Prozent der Anteile an der Z-GmbH von der T1-GmbH auf die T2-GmbH übertragen.

Abhängig vom Prozentsatz X werden die Rechtsfolgen des § 8c Abs. 1 KStG auch bei einer mittelbaren Übertragung der Anteile an der V-GmbH analog zu Beispiel 1 ausgelöst. Entscheidend ist hier die durchgerechnete Beteiligungsquote⁴⁴:

Fall A: Die T2-GmbH erhält 25 Prozent der Anteile an der Z-GmbH.

Lösung: Die durchgerechnete Beteiligungsquote beträgt $0,25 \times 0,6 = 0,15 = 15\%$. Somit sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8c Abs. 1 KStG nicht erfüllt, der Verlustvortrag in Höhe von 2 Mio. Euro bleibt vollständig erhalten.

Fall B: Die T2-GmbH erhält 50 Prozent der Anteile an der T1-GmbH.

Lösung: Die durchgerechnete Beteiligungsquote beträgt $0,5 \times 0,6 = 0,3 = 30\%$. Somit sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG erfüllt, der Verlustvortrag in Höhe von 2 Mio. Euro geht quotal zu 30 Prozent unter. Der nicht abziehbare Verlust beträgt 0,6 Mio. Euro, der nutzbare 1,4 Mio. Euro.

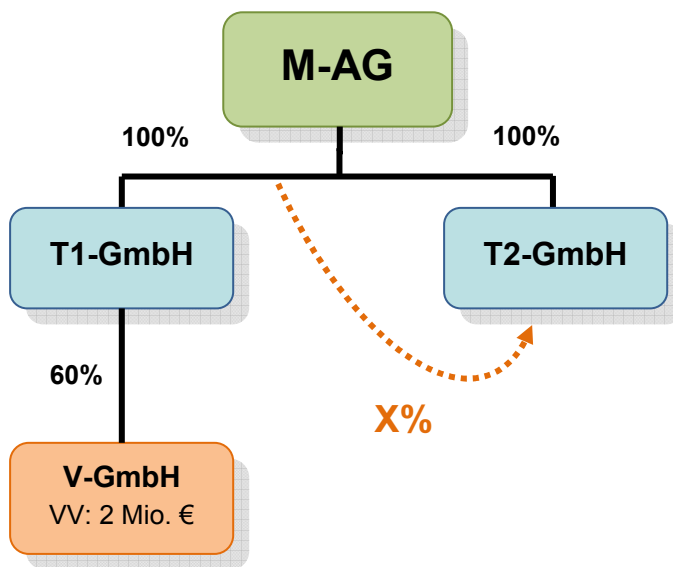
⁴⁴ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DStR 2008, 1436, 1437, Rdnr. 12.

Fall C: Die T2-GmbH erhält 90 Prozent der Anteile an der T1-GmbH.

Lösung: Die durchgerechnete Beteiligungsquote beträgt $0,9 \times 0,6 = 0,54 = 54\%$. Somit sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG erfüllt, der Verlustvortrag in Höhe von 2 Mio. Euro geht vollständig unter.

Beispiel 3: Verlängerung der Beteiligungskette

Die M-AG (im Streubesitz) ist zu jeweils 100 Prozent an der T1-GmbH und der T2-GmbH beteiligt, die wiederum 60 Prozent der Anteile an der V-GmbH hält. Auf die T2-GmbH werden X Prozent der Anteile an der T1-GmbH übertragen.



Entscheidend ist hier wieder die durchgerechnete Beteiligungsquote, die Berechnung erfolgt analog zu Beispiel 2:

Fall A: Die T2-GmbH erhält 25 Prozent der Anteile an der T1-GmbH.

Lösung: Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8c Abs. 1 KStG sind mit einer Beteiligungsquote von 15 Prozent nicht erfüllt, der Verlustvortrag Euro bleibt vollständig erhalten.

Fall B: Die T2-GmbH erhält 50 Prozent der Anteile an der T1-GmbH.

Lösung: Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG sind mit einer Beteiligungsquote von 30 Prozent erfüllt, somit geht der Verlustvortrag in Höhe von 2 Mio. Euro quotal zu 30 Prozent unter.

Fall C: Die T2-GmbH erhält 90 Prozent der Anteile an der T1-GmbH.

Lösung: Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG sind mit einer Beteiligungsquote von 54 Prozent erfüllt, der Verlustvortrag geht vollständig unter.

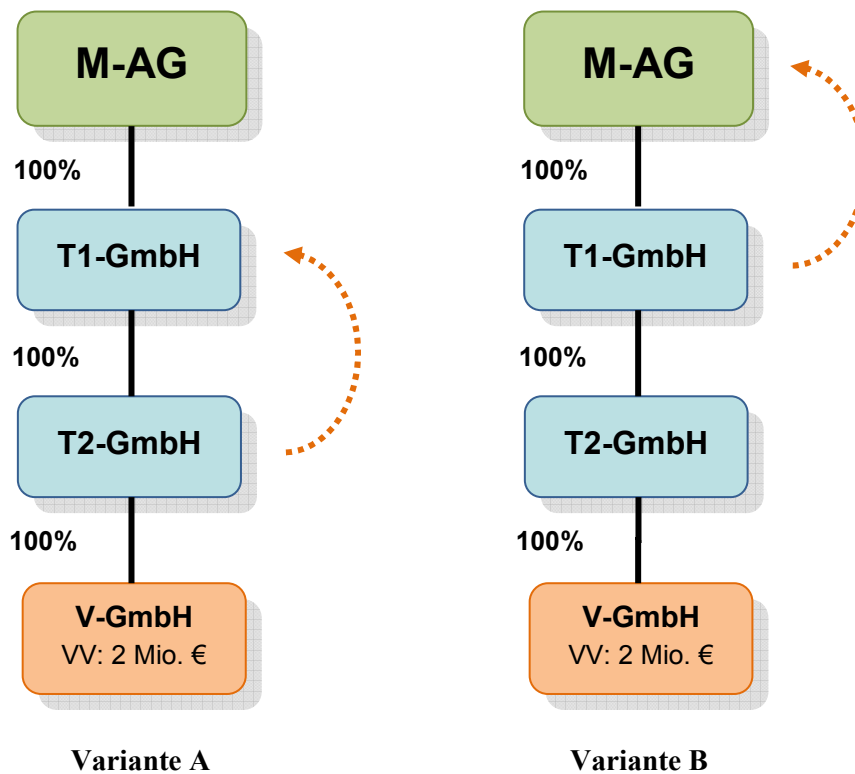
Beispiel 4: Seitwärtsverschmelzung

Bei einer Seitwärtsverschmelzung wird ausgehend von Beispiel 3 die T1-GmbH vollständig auf die T2-GmbH verschmolzen und nicht nur auf diese übertragen – es kommt nicht zu einer Verlängerung der Beteiligungskette.

Lösung: Bei der Beurteilung des Sachverhalts ist auf die Beteiligungsquote der T1-GmbH an der V-GmbH abzustellen. Durch die Verschmelzung entsteht eine unmittelbare Beteiligung der T2-GmbH an der V-GmbH in Höhe von 60 Prozent, wodurch die Rechtsfolge des vollständigen Verlustuntergangs gemäß § 8c Abs. 1 Satz 2 erfolgt.

Beispiel 5: Verkürzung der Beteiligungskette durch Aufwärtsverschmelzung

Es existiere eine Beteiligungskette entsprechend nachfolgender Abbildungen. Die Beteiligungsquote beträgt auf allen Stufen 100 Prozent. Die V-GmbH weist einen Verlustvortrag von 2 Mio. Euro. Nun wird zur Verkürzung der Beteiligungskette die T2-GmbH auf die T1-GmbH (Variante A) bzw. die T1-GmbH auf die M-AG (Variante B) verschmolzen.



Variante A

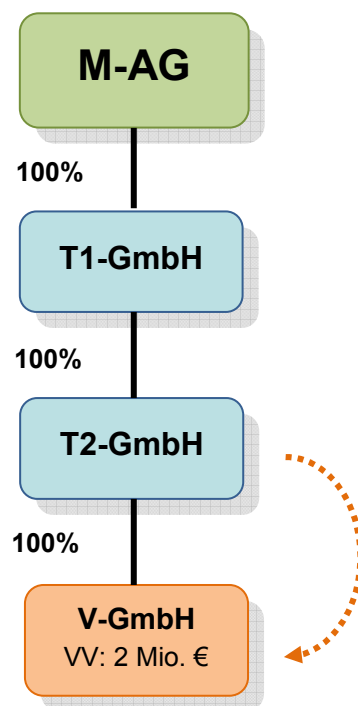
Lösung: Durch die Verschmelzung der T2-GmbH auf die T1-GmbH wird die unmittelbare Beteiligung an der V-GmbH auf die T1-GmbH übertragen. Dem Wortlaut des § 8c Abs. 1 KStG zufolge liegt hier ein schädlicher Beteiligungserwerb vor. Somit geht der Verlustvortrag der V-GmbH in Höhe von 2 Mio. Euro vollständig unter.

Variante B

Lösung: Durch die Verschmelzung der T1-GmbH auf die M-AG wird die unmittelbare Beteiligung an der V-GmbH auf die M-AG übertragen. Dem Wortlaut des § 8c Abs. 1 KStG zufolge liegt hier ebenfalls ein schädlicher Beteiligungserwerb vor. Auch hier geht der Verlustvortrag der V-GmbH in Höhe von 2 Mio. Euro vollständig unter.

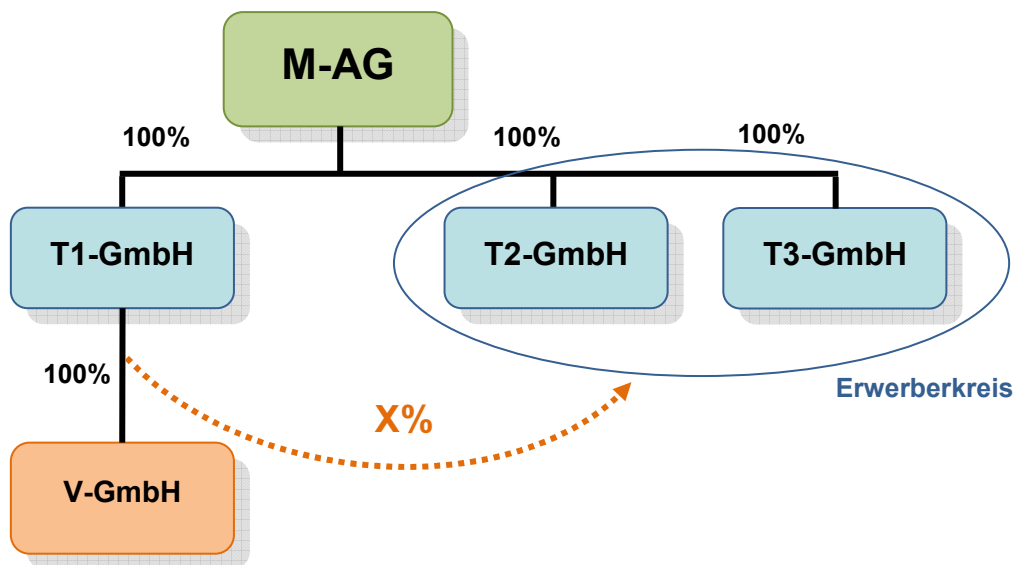
Beispiel 6: Verkürzung der Beteiligungskette durch Abwärtsverschmelzung

Die Beteiligungskette entspricht der des Beispiels 5. Nun wird allerdings die T2-GmbH abwärts auf die V-GmbH verschmolzen.



Lösung: Durch die Verschmelzung werden die Anteile an der V-GmbH an die T1-GmbH übertragen. Diese ist nun unmittelbar zu 100 Prozent an der V-GmbH beteiligt. Damit liegt ein schädlicher Beteiligungserwerb i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 2 vor und der Verlustvortrag der Verlustgesellschaft geht dementsprechend vollständig unter.

Beispiel 7: Zeitlich gestreckte Anteilsübertragung



In dieser Konstellation hat V-GmbH zum Ende des Jahres 0 einen Verlustvortrag von 2 Mio. Euro aufzuweisen. Vereinfachend wird angenommen, dass die V-GmbH in den kommenden Jahren einen Gewinn von jeweils null zu verzeichnen hat, sodass weder neue Verluste hinzukommen noch ausgeglichen werden können. Nun werden in drei Erwerbsvorgängen innerhalb von drei Jahren Anteile an der V-GmbH durch die T2-GmbH und T3-GmbH erworben, die einen Erwerberkreis bilden:

- Jahr 1: Übertragung von 20 Prozent auf die T2-GmbH
- Jahr 2: Übertragung von weiteren 20 Prozentpunkten auf die T3-GmbH
- Jahr 3: Übertragung von weiteren 15 Prozentpunkten auf die T2-GmbH

Lösung: Im Jahr 1 liegt aufgrund des Umfangs der Übertragung kein schädlicher Beteiligungserwerb i.S.d. § 8c Abs. 1 KStG vor. Zusammengerechnet mit der Übertragung an die T2-GmbH im Jahr 1 ergibt sich im Jahr 2 allerdings eine Anteilsübertragung von insgesamt 40 Prozent, wodurch ein schädlicher Beteiligungserwerb i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG vorliegt und somit 40 Prozent des Verlustvortrages, also umgerechnet 0,8 Mio. Euro, untergehen. Mit der letzten Transaktion in Jahr 3 geht der restliche Verlustvortrag von 1,2 Mio. Euro nach § 8c Abs. 1 Satz 2 vollständig unter, da insgesamt nun innerhalb von drei Jahren 55 Prozent der Anteile an der V-GmbH an denselben Erwerberkreis übertragen wurden. Durch den quotalen Verlustuntergang nach Jahr 2 ist kein neuer Fünf-Jahres-Zeitraum i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG ausgelöst worden, dieser war nach wie vor ab Jahr 1 anzusetzen.

C. Die Ausnahmen von der Verlustabzugsbeschränkung in § 8c Abs. 1 Satz 5 bis 8 KStG

Am 4. Dezember 2009 verabschiedete der Deutsche Bundestag das Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums (Wachstumsbeschleunigungsgesetz). Am 18. Dezember erfolgte die Zustimmung durch den Deutschen Bundesrat⁴⁵, woraufhin das Gesetz in der Fassung vom 22. Dezember 2009 am 30. Dezember 2009 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht wurde und damit gemäß § 34 Abs. 7b Satz 2 KStG auf schädliche Beteiligungserwerbe nach dem 31. Dezember 2009 anzuwenden ist. Das Wachstumsbeschleunigungsgesetz beinhaltet unter anderem die Ergänzung des § 8c Abs. 1 KStG um die neuen Sätze 5 bis 8⁴⁶. Der Satz 5 wird im Gesetzesentwurf als „Konzernklausel“⁴⁷ und die Sätze 6 bis 8 als „Stille Reserven-Escape“-Klausel⁴⁸ bezeichnet.

I. Zielsetzungen des Gesetzgebers

Bereits im Koalitionsvertrag der derzeit regierenden Parteien CDU, CSU und FDP werden im Sofortprogramm gegen die jüngste Finanz- und Wirtschaftskrise sogenannte „krisenentschärfende Maßnahmen“ angekündigt, die unter anderem auch die Verlustabzugsbeschränkungen betreffen. Mit diesen Maßnahmen sollen die Wachstumshemmnisse beseitigt werden, wobei vor allem international aufgestellte Konzerne und mittelständische Unternehmen profitieren sollen⁴⁹. Auch im Entwurf zum Wachstumsbeschleunigungsgesetz vom 9. November 2009 stehen bezüglich der Zielsetzungen des Gesetzgebers bei der Durchsetzung der Maßnahmen die Überwindung der Krise und die Förderung des wirtschaftlichen Aufschwungs im Vordergrund⁵⁰.

Neben den allgemeinen Zielen des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes wird vor allem die Tatsache, dass der § 8c KStG a.F. starker Kritik ausgesetzt war, ausschlaggebend für die Gesetzesänderungen gewesen sein. In zahlreichen Einzelfällen seien die Auswirkungen nicht vorhersehbar und kalkulierbar⁵¹. Insbesondere in Bezug auf den Verlustuntergang bei konzerninternen Umgliederungen war die Ablehnung in der Literatur groß, was ein entscheidender Grund für die Einführung der Konzernklausel gewesen sein dürfte⁵². Im BMF-Schreiben vom 4. Juli 2008 werden explizit konzerninterne Umstrukturierungsmaßnahmen wie die Verschmelzung von Gesellschaften als Beispiele für einen schädlichen Beteiligungserwerb genannt⁵³, obwohl sich die mittelbare Beteiligungsquote der Konzernobergesellschaft an der verschmolzenen Gesellschaft nicht ändert⁵⁴. Die Anwendung

⁴⁵ Vgl. BR-Drucks. 865/09.

⁴⁶ Vgl. BGBl. I 2009, 3950.

⁴⁷ Vgl. BT-Drucks. 17/15, 1.

⁴⁸ Vgl. BT-Drucks. 17/15, 12.

⁴⁹ Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 3.

⁵⁰ Vgl. BT-Drucks. 17/15, 1.

⁵¹ Vgl. Dötsch, in: Spindler/Tipke/Rödter (Hrsg.), Festschrift Schaumburg, 253, 263 f.

⁵² Vgl. Bien/Wagner, BB 2010, 923; Cortez/Brucker, BB 2010, 734, 738.

⁵³ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DSitR 2008, 1436, 1437, Rdnr. 11.

⁵⁴ Vgl. Scheunemann/Dennisen/Behrens, BB 2010, 23, 25.

des § 8c KStG auf solche in vielen Fällen wirtschaftlich notwendigen Änderungen innerhalb einer Konzernstruktur – insbesondere vor dem Hintergrund der Finanz- und Wirtschaftskrise – wurde in Hinsicht auf die Auslegung als Missbrauchsregelung in der Literatur kritisch und als nicht sachgerecht beurteilt⁵⁵. Der Begründung des Gesetzgebers zufolge soll die Einführung des § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG nunmehr auf den Erhalt von Verlustvorträgen bei konzerninternen Umgliederungen abzielen. Werden innerhalb eines Konzerns, an deren Spitze zu 100 Prozent eine einzelne Person oder Gesellschaft steht, Umstrukturierungen vorgenommen, so seien diese nunmehr von der Verlustabzugsbeschränkung des § 8c Abs. 1 Satz 1 und 2 auszunehmen. Voraussetzung dabei soll allerdings sein, dass es nicht zur Verschiebung von Verlusten auf Dritte kommt. Dies sei nicht erfüllt, wenn im Rahmen eines solchen Vorgangs ein neuer Gesellschafter hinzutritt oder ein konzernfremder Gesellschafter beteiligt ist⁵⁶. Damit soll verhindert werden, dass ein außenstehender Erwerber von den Steuervorteilen in Form von Verlustvorträgen, die bereits vor dem Erwerb bestanden, profitiert⁵⁷.

Bezüglich der „Stille Reserven-Escape“-Klausel lässt sich in der Gesetzesbegründung allerdings keine derartige Zielsetzung ausmachen. Ein Motiv wie die Begünstigung bestimmter Konstellationen ist nicht zu erkennen. Eine ähnliche Regelung hatte es zuvor zwar auch im Zuge des Gesetzes zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) für Wagniskapitalgesellschaften gegeben, deren Gesetzesbegründung ist allerdings nicht auf die „Stille Reserven-Escape“-Klausel zu übertragen. Ohnehin wurde diese Regelung von der EU-Kommission am 30. September 2009 als steuerliche Beihilfe eingestuft und somit außer Kraft gesetzt⁵⁸. In der Gesetzesbegründung zum Wachstumsbeschleunigungsgesetz wird lediglich angeführt, dass durch die neue Klausel die nicht genutzten Verluste, die den (entsprechend dem Umfang des Beteiligungserwerbs anteiligen) stillen Reserven der zu übertragenden Körperschaft gegenüberstehen, nicht vom Verlustuntergang i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 und 2 betroffen sein sollen – dadurch gehe kein zusätzliches Verrechnungspotential über⁵⁹. Dieses ist durch die stillen Reserven bereits vor dem Erwerb vorhanden⁶⁰ und die Verlustgesellschaft könnte schließlich die Verlustvorträge insoweit selbst nutzen⁶¹, sofern sie die stillen Reserven realisiert. Bereits in den Empfehlungen zum Entwurf des Jahressteuergesetzes 2009 wird eine Verschonung des Verlustvortraguntergangs in Höhe der stillen Reserven im Falle eines schädlichen Beteiligungserwerbs i.S.d. § 8c KStG empfohlen, da dies einer Verrechnung mit bereits vorhandenem Gewinnpotential entspreche und daher als „guter“ Mantelkauf einzuordnen sei⁶². Auch im „Entwurf eines Gesetzes zur Korrektur der Unternehmensteuerreform“ vom 27. März 2009 wird eine solche Regelung vorgeschlagen mit der Begründung, dass die in den Verlustvorträgen

⁵⁵ Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2010, 923; *Cortez/Brucker*, BB 2010, 734, 738; *Franz*, BB 2010, 991, 1000; *Lenz/Ribbrock*, BB V2007, 587, 590; *Pott/Wittkowski*, StuW 2009, 139 m.w.N.

⁵⁶ Vgl. BT-Drucks. 17/15, 19.

⁵⁷ Vgl. *Fey/Neyer*, StuB 2010, 47, 49.

⁵⁸ Vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission vom 30.09.2009 – C2/2009 (ex N 221/2008 und N 413/2008).

⁵⁹ Vgl. BT-Drucks. 17/15, 19.

⁶⁰ Vgl. *Rödter*, Ubg 2010, 162, 163.

⁶¹ Vgl. *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 12; *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633, 2635.

⁶² Vgl. BR-Drucks. 545/1/08, 61 f.

bzw. die laufenden Verlusten abgebildeten Aufwendungen in einem kausalen Zusammenhang mit zukünftigen Gewinnerwartungen in Form der stillen Reserven zu sehen seien. Dadurch sei eine Verrechnung auch bei Änderung der Anteilseignerstruktur gerechtfertigt⁶³. Diese Begründungen werden in der Literatur weitestgehend übernommen und größtenteils auch begrüßt⁶⁴.

Eine weitere Intention des Gesetzgebers könnte sein, die Gestaltung durch Verlustnutzungsstrategien („loss refresher“), um Aufwandspotenzial zu erhalten, überflüssig zu machen. Eine solche Strategie könnten sogenannte „sale & lease-back“-Transaktionen sein, bei denen die stillen Reserven durch Veräußerung von Wirtschaftsgütern realisiert werden, um sie mit laufenden Verlusten und Verlustvorträgen verrechnen zu können („sale“), und zusätzlich steuerlichen Aufwand zu erzeugen („lease back“)⁶⁵, indem die Wirtschaftsgüter zur Nutzung wiederum geleast werden. Zudem kann dem Gesetzgeber der Gedanke des Zusammenspiels der Konzernklausel und der „Stille Reserve-Escape“-Klausel unterstellt werden: Sachverhalte, die nicht unter die Konzernklausel fallen, könnten dafür von der Untergangsverschonung in Höhe der stillen Reserven profitieren. Somit wäre § 8c Abs. 5 KStG für konzerninterne Umstrukturierungen maßgeblich, § 8c Abs. 6 bis 8 KStG dagegen für Transaktionen außerhalb eines Konzerns⁶⁶.

II. Die neu eingeführten Klauseln

1. Konzernklausel

§ 8c Abs. 1 Satz 5 KStG – „Konzernklausel“

[...]

⁵Ein schädlicher Beteiligungserwerb liegt nicht vor, wenn an dem übertragenden und an dem übernehmenden Rechtsträger dieselbe Person zu jeweils 100 Prozent mittelbar oder unmittelbar beteiligt ist.

[...]

a) Übertragender und übernehmender Rechtsträger

Um die Anwendung der Konzernklausel überprüfen zu können, ist zunächst zu klären, was unter dem „übertragenden Rechtsträger“ und dem „übernehmenden Rechtsträger“ zu verstehen ist. Die Begriffe sind ebenfalls im Umwandlungsgesetz (§§ 2, 3, 122b, 123, 174 UmwG) und Umwandlungssteuergesetz (§ 1 UmwStG) zu finden,

⁶³ Vgl. BT-Drucks. 16/12525, 7.

⁶⁴ Vgl. dazu *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73, 75; *Fey/Neyer*, StuB 2010, 47, 52; *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 73; *Herzig/Bohn*, DStR 2009, 2341, 2343; *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 12.

⁶⁵ Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627, 2630; *Herzig/Bohn*, DStR 2009, 2341, 2343; *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 12.

⁶⁶ Vgl. *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73, 76; *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633, 2635.

wo sie auch in Verbindung mit dem Untergang von Verlustvorträgen verwendet werden (§§ 4 Abs. 2 Satz 2, 12 Abs. 3 UmwStG). Allerdings werden nach § 2 UmwG übertragender Rechtsträger und übernehmender Rechtsträger anhand des Vorgangs der Vermögensübertragung durch Umwandlung bestimmt - eine rechtsgeschäftliche Anteilsübertragung, die für den § 8c KStG relevant ist, spielt dabei keine Rolle. Auch für die in § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG erwähnten „vergleichbaren Sachverhalte“⁶⁷ und eine Kapitalerhöhung i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 4 KStG lässt sich die Definition aus dem Umwandlungsrecht nicht anwenden. Unter Umständen fallen Übernehmer von Vermögen und Übernehmer von Anteilen gar auseinander⁶⁸. Daher ist die Auslegung der Begriffe „übertragender Rechtsträger“ und „übernehmender Rechtsträger“ gemäß dem UmwG und dem UmwStG nicht auf den § 8c KStG anzuwenden. Vielmehr ist „übernehmend“ die Partei, die Anteile erhält und damit Erwerber i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 ist. Die andere an der Übertragung beteiligte Partei ist dementsprechend „übertragend“. Liegt eine mittelbare Anteilsübertragung vor, bei der eine Gesellschaft A die Anteile an einer anderen Zwischengesellschaft, die wiederum an der Verlustgesellschaft beteiligt ist, von einer Gesellschaft B erhält, so ist A der übernehmende und B der übertragende Rechtsträger. Bei einer Kapitalerhöhung allerdings existiert in dem Sinne keine Partei, die Anteile überträgt, da bei einem solchen Vorgang bestehende Anteilseigner im Allgemeinen weder Anteile abgeben noch neue erhalten. Daher ist auf die Anteilsverschiebung abzustellen: übertragende Rechtsträger sind von einer Verringerung ihrer Beteiligungsquote betroffen, übernehmende Rechtsträger von einer Erhöhung⁶⁹.

Indes dürfte der Begriff „Rechtsträger“ ebenso über die Auslegung der Vorschriften §§ 3 Abs. 1, 122b UmwG hinausgehen, da weder im Wortlaut des § 8c KStG, noch in der Gesetzesbegründung eine Einschränkung zu finden ist. Somit können Rechtsträger im Sinne der Konzernklausel zunächst sämtliche juristische Personen und Personengesellschaften inländischen und auch ausländischen Rechts sein⁷⁰. Dagegen kommen natürliche Personen nicht als übertragende oder übernehmende Rechtsträger in Frage, da an ihnen keine Beteiligung bestehen kann. Entsprechend der Zielsetzung des Gesetzgebers, jedwede konzerninterne Umstrukturierung unter Voraussetzung der 100-Prozent-Beteiligung zu begünstigen, ist eine analoge Anwendung der Konzernklausel bei natürlichen Personen sachgerecht⁷¹, vor allem da keine gegenteilige Ansicht dazu seitens des Gesetzgebers oder der Finanzverwaltung existiert.

Dem Wortlaut entsprechend kann die Konzernklausel auch nicht bei Personengesellschaften in der Rolle eines übertragenden oder übernehmenden Rechtsträgers greifen, da an diesen immer mindestens zwei Gesellschafter

⁶⁷ Vgl. dazu das BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DStR 2008, 1436, Rdnr. 7. Hier finden sich sieben von der Finanzverwaltung angeführte Beispiele für einen sogenannten vergleichbaren Sachverhalt.

⁶⁸ Vgl. dazu unten Kap. C.II.1.f)bb).

⁶⁹ Vgl. Franz, BB 2010, 991, 992.

⁷⁰ Vgl. Bien/Wagner, BB 2009, 2627, 2628; Franz, BB 2010, 991, 994; Scheipers/Linn, Ubg 2010, 8; Sistermann/Brinkmann, DStR 2009, 2633; Wittkowski/Hielscher, DB 2010, 11, 13.

⁷¹ Vgl. Bien/Wagner, BB 2009, 2627, 2628; Franz, BB 2010, 991, 994; Scheunemann/Dennisen/Behrens, BB 2010, 23, 25; Wittkowski/Hielscher, DB 2010, 11, 13.

beteiligt sind. Explizit bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften als Erwerber wird im BMF-Schreiben vom 4. Juli 2008 die anteilige Zurechnung nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO angeordnet⁷². Somit wäre die Voraussetzung der 100-Prozent-Beteiligung derselben Person nach § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG nicht erfüllt und sämtliche Anteilsübertragung unter Mitwirkung mindestens einer Personengesellschaft – ob Mitunternehmerschaft i.S.d. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG oder vermögensverwaltend – schädlich. Dies ist meines Erachtens nicht sachgerecht, wenn am übertragenden und übernehmenden Rechtsträger dieselben Gesellschafter quotenidentisch beteiligt sind. Ein Grund für eine gezielte Benachteiligung derartiger Konstellationen ist nicht ersichtlich und auch nicht in der Gesetzesbegründung zu finden. Die Qualifikation der Mitunternehmerschaft als möglicher Erwerber i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG durch das Bundesministerium für Finanzen⁷³ und die Zielsetzung des Gesetzgebers, konzerninterne Umgliederungen ohne Verlustverschiebung zu begünstigen, sprechen für die Anwendung der Konzernklausel bei einer Mitunternehmerschaft. Eine abweichende Behandlung von vermögensverwaltenden Personengesellschaften ist ebenso unbegründet. Jedoch wird an späterer Stelle dieser Arbeit mitunter zu prüfen sein, ob mehrere Gesellschafter, die sowohl an der übertragenden als auch der übernehmenden Personengesellschaft beteiligt sind, als „dieselbe Person“ i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG dem Wortlaut nach zulässig sind.

Insbesondere im Fall einer Kommanditgesellschaft, die von einem Gesellschafter mit einer vermögensbezogenen 100-Prozent-Beteiligung sowie einem Komplementär ohne jegliche vermögensbezogene Beteiligung gehalten wird, ist indes unklar, ob die Voraussetzung der Konzernklausel dennoch erfüllt ist. Bei einer wortgetreuen Auslegung der Norm ist davon auszugehen, dass der Verlustuntergang nicht verhindert wird⁷⁴. Diesbezüglich wird zu klären sein, ob ein Gesellschafter ohne vermögensmäßige Beteiligung schädlich ist – dies wird im späteren Verlauf dieser Arbeit in der Diskussion des Beteiligungsbegriffs erfolgen.

Fraglich ist zudem durch die im Singular formulierten Begriffe des übertragenden und übernehmenden Rechtsträgers, ob bei mehreren an der Anteilsübertragung beteiligten Parteien die Konzernklausel greift. In der Gesetzesbegründung ist dazu kein Hinweis zu finden. Aus dem § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG heraus ergibt sich in dieser Hinsicht keine Beschränkung, für einen schädlichen Beteiligungserwerb ist dem Gesetzeswortlaut nach gar eine Gruppe von Erwerbern zulässig. Auch wenn Erwerber und übernehmender Rechtsträger auseinanderfallen können⁷⁵, mag dies ein Indiz dafür sein, dass die Anzahl der beteiligten Rechtsträger irrelevant ist. Da die Konzernklausel zudem der Gesetzesbegründung zufolge die Funktion hat, konzerninterne Umstrukturierungen ohne Verlustverschiebung auf Dritte vom Tatbestand des schädlichen Beteiligungserwerbs nach § 8c Abs. 1 Satz 1 und 2 KStG auszunehmen⁷⁶, darf es meines Erachtens aus rein teleologischer Sicht allerdings kein Kriterium für

⁷² Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DSfR 2008, 1436, 1438, Rdnr. 24.

⁷³ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DSfR 2008, 1436, 1438, Rdnr. 24.

⁷⁴ Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627, 2628; *Sistermann/Brinkmann*, DSfR 2009, 2633, 2634.

⁷⁵ Vgl. dazu *Bien/Wagner*, BB 2010, 923, 927. Hier wird das mögliche Auseinanderfallen von Erwerber und übernehmenden Rechtsträger erläutert.

⁷⁶ Vgl. BT-Drucks. 17/15, 19.

die Konzernklausel sein, wie viele Rechtsträger den Beteiligungserwerb vollziehen, solange dieselbe Person zu 100 Prozent an diesen beteiligt ist⁷⁷.

Das Erfordernis einer 100-Prozent-Beteiligung existiert bezüglich der Beteiligung des Übertragenden an der zu übertragenden Körperschaft allerdings nicht – weder im Gesetzeswortlaut, noch in der Gesetzesbegründung. Ebenso gibt es keine Einschränkungen in Hinsicht auf den Umfang der Anteile, die beim Beteiligungserwerb übertragen werden. Für die Anwendbarkeit der Konzernklausel sind dies folglich keine Kriterien⁷⁸.

b) Der Begriff „dieselbe Person“

Für die Anwendung des § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG muss sowohl an dem übertragenden als auch übernehmenden Rechtsträger „dieselbe Person“ zu 100 Prozent beteiligt sein muss. Laut Gesetzesbegründung kommen dafür eine einzelne natürliche Person oder eine Gesellschaft in Frage⁷⁹. Aufgrund einer fehlenden Einschränkung kann „dieselbe Person“ im In- wie auch Ausland ansässig sein. Unklar ist allerdings, welche Rechtsformen unter den Begriff „Gesellschaft“ fallen: Innengesellschaften wie die stille Gesellschaft können selbst keine Beteiligungen halten, daher sind zunächst in diesem Kontext lediglich Außengesellschaften, beispielsweise in Form von Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften, zulässig⁸⁰. Da keine Definition von „Person“ im § 8c KStG vorgenommen wird, lässt sich der Begriff analog zu § 1 AStG auslegen. Demnach können sämtliche Rechtsträger, auch Stiftungen oder Genossenschaften, eine „Person“ zum Zweck der Konzernklausel sein. Auch wenn mit diesen keine Konzernstruktur – deren Begünstigung zwar bezweckt werden soll, aber weder im Gesetzeswortlaut noch in der Gesetzesbegründung zwingend vorausgesetzt wird – vorliegt, findet dennoch der Zielsetzung des Gesetzgebers entsprechend keine Verlustverschiebung im Falle eines Beteiligungserwerbs statt⁸¹. Eine Organschaft i.S.d. § 14 KStG sollte unter Vorbehalt des § 42 AO ebenso einer Anwendung der Konzernklausel nicht im Wege stehen, da dem Organträger nach § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG das gesamte Einkommen der Organgesellschaft zuzurechnen ist, wodurch auch hier eine Verschiebung von Verlusten im Sinne der Gesetzesbegründung ausgeschlossen ist und die Qualifizierung als „dieselbe Person“ naheliegt⁸².

Bei einer Personengesellschaft als Konzernobergesellschaft ergibt sich das Problem, dass die Beteiligung an dem übertragenden und dem übernehmenden Rechtsträger infolge des einkommensteuerlichen Transparenzprinzips ihren Gesellschaftern direkt zuzurechnen ist, denn eine Personengesellschaft ist kein eigenständiges Steuersubjekt⁸³. Da an dieser wiederum mindestens zwei Gesellschafter beteiligt sind, wäre somit die geforderte

⁷⁷ Ähnlich *Bien/Wagner*, BB 2010, 923, 927; *Franz*, BB 2010, 991, 995; *Rödger*, Ubg 2010, 162.

⁷⁸ Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2010, 923, 927; *Schneider/Roderburg*, FR 2010, 58, 59; ähnlich *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 10; *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11, 13.

⁷⁹ Vgl. BT-Drucks. 17/15, 19.

⁸⁰ Vgl. *Franz*, BB 2010, 991, 997; *Scheunemann/Dennisen/Behrens*, BB 2010, 23, 26.

⁸¹ Vgl. *Fey/Neyer*, StuB 2010, 47, 50; *Franz*, BB 2010, 991, 997.

⁸² Vgl. *Franz*, BB 2010, 991, 999.

⁸³ Vgl. *Scheffler*, Besteuerung von Unternehmen (2010), S. 21.

100-Prozent-Beteiligung derselben Person dem Wortlaut nach nicht erfüllt. Würde man dieser Argumentation ohne Einwand folgen, so wäre die Konzernklausel lediglich auf Konzerne mit einer Kapitalgesellschaft an der Spitze zugeschnitten und nicht den Zielsetzungen des Gesetzgebers entsprechend. Dagegen spräche das BFH-Urteil vom 20. August 2003⁸⁴, nach dem beim schädlichen Anteilserwerb nach der alten Mantelkaufregelung § 8 Abs. 4 KStG a.F. eine Personengesellschaft selbst – und nicht seine Gesellschafter – als Erwerber zu sehen ist. Dies ist als Indiz dafür zu sehen, dass die Rechtsprechung bereits bei der Vorgängerregelung die maßgebliche zivilrechtliche Betrachtungsweise, die einer Personengesellschaft eine Teilrechtsfähigkeit als Rechtssubjekt zuspricht⁸⁵, der einkommensteuerlichen vorzieht. Unter zusätzlicher Berücksichtigung der in der Gesetzesbegründung erwünschten Begünstigung von konzerninternen Umstrukturierungen, bei der kein ersichtlicher Grund für eine Benachteiligung von Personengesellschaften als Konzernobergesellschaft zu erkennen ist, sollte meines Erachtens das Transparenzprinzip im Rahmen der Konzernklausel nicht angewendet werden⁸⁶.

Auch eine abweichende Behandlung von vermögensverwaltenden Personengesellschaften durch Anwendung einer anteiligen Zurechnung, wie von der Finanzverwaltung im Rahmen des Erwerberbegriffs gewollt⁸⁷, wäre vor dem Hintergrund des Zwecks der Konzernklausel nicht sachgerecht⁸⁸. Nach § 8c Abs. 1 Satz 3 KStG ist eine Gruppe von Erwerbern mit gleichgerichteten Interessen als ein Erwerber zusammenzufassen, was bei den Gesellschaftern einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft umso mehr gelten müsste. Dies zeugt von einer fehlenden Abstimmung zwischen den Begriffen „Erwerber“ in Satz 1 bis 3 und „Person“ im Satz 5⁸⁹. Letztendlich wird jedoch die Ansicht der Finanzverwaltung einer rein teleologischen Interpretation vorzuziehen sein.

Wie bereits im vorangegangenen Kapitel angedeutet, wird insbesondere die Auslegung des Ausdrucks „dieselbe Person“ besonders für den Fall problematisch, wenn mehr als eine Person oder Gesellschaft sowohl am übertragenden als auch am übernehmenden Rechtsträger beteiligt ist. Überträgt beispielsweise eine börsennotierte Konzernobergesellschaft mehr als 25 Prozent der Anteile an einer Verlustgesellschaft an eine weitere Gesellschaft, an der sie wiederum zu 100 Prozent beteiligt ist, so liegt zunächst nach Satz 1 ein schädlicher Beteiligungserwerb vor. Prüft man nun die Möglichkeit der Anwendung der Konzernklausel, wird man zu dem Ergebnis kommen, dass die Aktionäre der börsennotierten Konzernobergesellschaft zwar jeweils zu 100 Prozent unmittelbar bzw. mittelbar am übertragenden und übernehmenden Rechtsträger beteiligt sind, jedoch nicht – unter Beachtung des Singulars im Gesetzeswortlaut – „dieselbe Person“ i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG sein können. Somit ist eine Anwendung der Konzernklausel hier nicht möglich und die Verlustvorträge der Verlustgesellschaft werden insoweit untergehen, obgleich sich an der einzelnen Beteiligungsquote jedes Aktionärs nichts

⁸⁴ BFH-Urteil vom 20.08.2003 – I R 81/02, BStBl. II 2004, 614.

⁸⁵ Vgl. *Haßa/Gosmann*, DB 2010, 1198, 1199.

⁸⁶ So auch *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627, 2628; *Franz*, BB 2010, 991, 994; *Scheunemann/Dennissen/Behrens*, 23, 26 f.; im Ergebnis ebenso *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73, 80; anderer Ansicht *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633, 2634.

⁸⁷ Vgl. dazu BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DStR 2008, 1436, 1438, Rdnr. 24.

⁸⁸ Ebenso *Haßa/Gosmann*, DB 2010, 1198, 1199.

⁸⁹ Vgl. *Orth*, Ubg 2010, 169, 175, ähnlich *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 72.

ändert und folglich keine Verschiebung von Verlusten stattfindet. Es gibt daher keinen ersichtlichen Grund dafür, solch eine Konstellation von der Begünstigung durch die Konzernklausel auszuschließen – im Gegenteil: Aus rein teleologischer Sicht wäre eine Anwendung des § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG sachgerecht⁹⁰.

Diesbezüglich existiert in der Literatur vereinzelt die Auffassung, eine Personengruppe sei grundsätzlich als „dieselbe Person“ im Rahmen der Konzernklausel qualifiziert, sofern sich durch den Beteiligungserwerb ihr Verhältnis zum Verlust nicht ändere. Dies widerspreche nicht dem Wortsinn der Regelung und sei mit dem Telos der Konzernklausel zu begründen⁹¹. In der Tat entspricht die Behandlung einer solchen Personengruppe als eine „Person“ i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG, wie bereits weiter oben festgestellt, dem Sinn und Zweck der Norm. Jedoch muss der Fokus darauf gelegt werden, ob in der Praxis bei einer derartigen Konstellation ein schädlicher Beteiligungserwerb vorliegt oder nicht. Entscheidend ist hier nicht die Auslegung nach Telos, sondern die tatsächliche Ansicht der Finanzverwaltung bzw. den entsprechenden gerichtlichen Instanzen. Von diesen hängt es in erster Linie ab, ob ein Beteiligungserwerb als schädlich gewertet wird und somit Verlustvorträge insoweit untergehen oder nicht. In der Gesetzesbegründung selbst wird dargelegt, dass Umstrukturierungen von Konzernen begünstigt werden sollen, an deren „Spitze zu 100 Prozent eine einzelne Person oder Gesellschaft“⁹² stehe. Dabei ist bemerkenswert, dass der Singular, der bereits im Gesetzeswortlaut zu finden ist, dort gar mit dem Wort „einzelne“ verstärkt wird. Auch wenn keine Begründung für eine solche Benachteiligung vorhanden ist, spricht dies meines Erachtens dafür, mehrere Personen oder Gesellschaften tatsächlich nicht als „dieselbe Person“ i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG zuzulassen. Diese Sichtweise wird ebenfalls von der Tatsache unterstützt, dass der Gesetzgeber explizit in Satz 3 eine Gruppe von Erwerbern als ein Erwerber im Sinne von Satz 1 bzw. 2 zusammengefasst werden kann, aber eine solche Regelung bezüglich des Begriffs „dieselbe Person“ dagegen fehlt. Somit ist im Ergebnis – trotz des Widerspruchs zum Sinn und Zweck der Norm – die Möglichkeit zur Anwendung der Konzernklausel in solchen Fällen zu verneinen, in denen mehr als eine Person oder Gesellschaft an der Spitze des Beteiligungserwerbs steht, da der Beachtung des eindeutigen Wortlauts zunächst Vorzug zu geben ist vor einer eigenen teleologischen Interpretation⁹³. Dennoch sollte für die Zukunft im Zuge eines BMF-Schreibens oder gar einer Gesetzesänderung – beispielsweise wie in Satz 3 zum Erwerberbegriff – klargestellt werden, welche Auslegung maßgeblich ist. Denn diese spielt für verschiedene Sachverhalte eine entscheidende Rolle, wie im Laufe der Arbeit noch deutlich werden wird.

Im Zuge der eben aus der Gesetzesbegründung zitierten Phrase eröffnet sich eine weitere zu diskutierende Formulierung im Zusammenhang mit dem Begriff „dieselbe Person“: Bei Umgliederungen eines Konzerns, an deren „Spitze“ eine einzelne Person oder Gesellschaft steht, soll die Konzernklausel Anwendung finden. Es stellt

⁹⁰ So auch Franz, BB 2010, 991, 999; Frey/Mückl, GmbHR 2010, 71, 72; Sistermann/Brinkmann, DStR 2009, 2633; ähnlich Bien/Wagner, BB 2010, 923, 926.

⁹¹ Vgl. dazu Eisgruber/Schaden, Ubg 2010, 73, 78; Haßa/Gosmann, DB 2010, 1198, 1199. Letztere diskutieren zudem die Auswirkung einer Mitarbeiterbeteiligung an den in der Anteilsübertragung involvierten Rechtsträgern.

⁹² BT-Drucks. 17/15, 19.

⁹³ Im Ergebnis ebenso Franz, BB 2010, 991, 999.

sich die Frage, warum der Gesetzgeber hier über den Gesetzeswortlaut hinaus dahingehend die Einschränkung trifft, dass unter „dieselbe Person“ die „Spitze“ des gesamten Konzerngebildes zu verstehen ist, damit die Konzernklausel greift. Eine Antwort ist weder in der Gesetzesbegründung selbst, noch aus dem Telos der Norm heraus zu erkennen. Im Gesetzeswortlaut selbst ist keine derartige Einschränkung vorgenommen worden. Der Begriff „Spitze“ ist folglich in der Weise auszulegen, als dass damit nicht zwingend die oberste Person oder Gesellschaft eines Konzerns gemeint sein muss. Vielmehr sollte es für die Qualifizierung als „Spitze“ und damit als „dieselbe Person“ ausreichend sein, dass bei einer Person oder Gesellschaft als nächster gemeinsamer mittelbarer oder unmittelbarer Anteilseigner die Beteiligungsidentität an den im Beteiligungserwerb involvierten Rechtsträgern vorliegt. Dabei spielt die Stelle innerhalb der Konzernstruktur keine Rolle, sie muss lediglich oberhalb der an der Übertragung beteiligten Parteien liegen. Somit ist die Ansicht der Gesetzesbegründung abzulehnen⁹⁴ und eine Teilkonzernbetrachtung⁹⁵ vorzunehmen.

c) Der Beteiligungsbegriff

Für die Anwendung der Konzernklausel muss eine 100-prozentige Beteiligung sowohl am übertragenden als auch übernehmenden Rechtsträger bestehen. Bereits im Zuge der Diskussion dieser Begrifflichkeiten ergab sich eine beispielhafte Konstellation mit einer GmbH & Co. KG, bei der die Frage, auf welche Art von Beteiligung sich die Konzernklausel bezieht, entscheidend ist. Diese soll an dieser Stelle wieder aufgegriffen werden: Es existiere ein im Beteiligungserwerb einer Verlustgesellschaft involvierter Rechtsträger in Form einer Kommanditgesellschaft, an deren Vermögen ein Kommanditist zu 100 Prozent beteiligt ist. Dieser Kommanditist ist zugleich der alleine Anteilseigner der anderen Partei des Beteiligungserwerbs. Der Komplementär verfügt über keine vermögensmäßige Beteiligung an der Kommanditgesellschaft und ist eine konzernfremde GmbH, an der der Kommanditist nicht mittelbar oder unmittelbar beteiligt ist. Die letzte Voraussetzung ist insofern relevant, als mit einer 100-prozentigen Beteiligung des Kommanditisten an der Komplementär-GmbH die Konzernklausel sowieso greifen würde, denn damit wäre der Kommanditist als „dieselbe Person“ zu 100 Prozent am übernehmenden und übertragenden Rechtsträger unmittelbar bzw. mittelbar beteiligt. Ist dies aber nicht der Fall, so muss geklärt werden, ob die Beteiligung des Komplementärs bereits schädlich ist, da – wie im vorigen Kapitel festgestellt – zwei Personen bzw. Gesellschaften, hier Kommanditist und Komplementär, nicht als „dieselbe Person“ i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG zusammenzufassen sind.

Zunächst könnte man davon ausgehen, dass der Beteiligungsbegriff in der Konzernklausel entsprechend Satz 1 auszulegen ist. Darunter würden das gezeichnete Kapital, Mitgliedschaftsrechte, Beteiligungsrechte und Stimmrechte fallen. Folgt man dieser Auslegung, so ist die Konsequenz für den beschriebenen Erwerbsvorgang die Qualifizierung als schädlicher Beteiligungserwerb und somit der (anteilige) Verlustuntergang nach § 8c Abs. 1

⁹⁴ So auch *Fey/Neyer*, StuB 2010, 47, 51; *Haßa/Gosmann*, DB 2010, 1198, 1199. *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11, 13.

⁹⁵ Vgl. *Haßa/Gosmann*, DB 2010, 1198, 1200, die eine Teilkonzernbetrachtung im Konzept der Konzernklausel befürworten und auf deren Anerkennung in der Sanierungsklausel § 8c Abs. 1a KStG hinweisen.

Satz 1 bzw. Satz 2 KStG. Dieses Ergebnis wird allerdings der Zielsetzung des Gesetzgebers, Verlustverschiebungen auf Dritte zu verhindern, nicht gerecht. Da die Komplementär-GmbH über keine Beteiligung am Vermögen der Kommanditgesellschaft verfügt, können Verluste weder auf noch von ihr weg verschoben werden – je nachdem ob die Kommanditgesellschaft übernehmend oder übertragend ist. Demnach kann die Komplementär-GmbH von einer Anteilsübertragung nicht profitieren, die Verlustvorträge bleiben im Konzern. Die Kommanditgesellschaft bleibt an der Verlustgesellschaft mittelbar im selben Umfang wie vor der Übertragung beteiligt. Folglich kann eine Person oder Gesellschaft, die nicht am Kapital bzw. Vermögen beteiligt ist, sondern beispielsweise wie hier nur unternehmerisch, nicht im Sinne der Konzernklausel „beteiligt“ und dadurch Hindernis für die Begünstigung sein. Dabei kann die Person oder Gesellschaft auch konzernfremd sein. Im Ergebnis ist lediglich die Kommanditgesellschaft „dieselbe Person“, die nach der Konzernklausel zu 100 Prozent an übertragenden und übernehmenden Rechtsträger beteiligt ist. Somit gehen die Verlustvorträge der Verlustgesellschaft nicht unter⁹⁶. Andere Arten der Beteiligung wie Bezugsrechte, die stille Beteiligung, Genussrechte, eine Unterbeteiligung, kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen oder verdecktes Nennkapital sind dagegen nicht als Beteiligung i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG zu verstehen⁹⁷.

Aufgrund mangelnder Einschränkung durch den Gesetzgeber ist davon auszugehen, dass sowohl eine mittelbare als auch eine unmittelbare 100-Prozent-Beteiligung zur Anwendung der Konzernklausel berechtigt, ebenso wie eine Kombination beider⁹⁸.

d) Der dreistufige Aufbau

Betrachtet man den Wortlaut des § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG genauer, wird man feststellen, dass der Gesetzgeber – bewusst oder unbewusst – einen (mindestens) dreistufigen Aufbau für die Anwendung der Konzernklausel voraussetzt⁹⁹: Zunächst existiert auf der dritten Beteiligungsstufe eine Verlustgesellschaft, die Gegenstand des Beteiligungserwerbs ist. Auf der nächsten Stufe muss ein übertragender Rechtsträger die Anteile an dieser Verlustgesellschaft halten und sie im Rahmen des Beteiligungserwerbs veräußern bzw. übertragen. Ein übernehmender Rechtsträger erwirbt bzw. erhält diese Anteile. Eine „Person“ i.S.d. Satz 5 wiederum steht über diesen beiden Rechtsträgern, da sie zu 100 Prozent an ihnen mittelbar oder unmittelbar beteiligt sein muss. Demnach sind lediglich Anteilsübertragungen auf der dritten Beteiligungsstufe unschädlich. Findet ein Beteiligungser-

⁹⁶ Vgl. *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73, 82; im Ergebnis ebenso *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627, 2628; *Bien/Wagner*, BB 2010, 923, 925; *Franz*, BB 2010, 991, 994; *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 72; *Haßa/Gosmann*, DB 2010, 1198, 1200; *Scheunemann/Dennisen/Behrens*, BB 2010, 23, 26; *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11, 13; anderer Ansicht *Schneider/Roderburg*, FR 2010, 58, 60.

⁹⁷ Vgl. *Franz*, BB 2010, 991, 994; *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 72.

⁹⁸ Vgl. dazu *Fey/Neyer*, StuB 2010, 47, 51; *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 72.

⁹⁹ Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627, 2628.

werb auf der darüber liegenden Stufe oder an der Spitze des Konzerns statt, ist dieser dem Wortlaut der Norm zufolge weiterhin als schädlich anzusehen¹⁰⁰.

In der Gesetzesbegründung dagegen findet das Erfordernis eines solchen dreistufigen Aufbaus keine explizite Erwähnung: So sollen jedwede Umgliederungen vom Verlustuntergang nach Satz 1 bzw. Satz 2 ausgenommen werden, die innerhalb eines Konzerns, an deren Spitze zu 100 Prozent eine Person oder Gesellschaft steht, vollzogen werden. Weitere Voraussetzungen bezüglich der Konzernstruktur sind an dieser Stelle nicht zu finden¹⁰¹. Auch aufgrund der fehlenden Erwähnung in der Gesetzesbegründung ist es meines Erachtens keine bewusste Zielsetzung des Gesetzgebers, einschränkend eine Struktur mit drei Stufen für den Beteiligungserwerb vorzugeben, die für eine Anwendung der Konzernklausel zwingend ist. Eine analoge Anwendung von Satz 5 entgegen dem Wortlaut ist vor dem Hintergrund des Gesetzeszwecks sinnvoll¹⁰², sollte allerdings durch eine Klarstellung bzw. Erweiterung der Regelung seitens der Finanzverwaltung gestützt werden¹⁰³. Eine teleologische Auslegung ohne diese ist zwar sachgerecht, aber riskant im Falle eines Rechtsstreits. Die Gegner einer solchen Auslegung könnten mit der diesbezüglich recht eindeutigen Formulierung der Konzernklausel, die kaum einen Spielraum zulässt, argumentieren.

Im Folgenden wird anhand verschiedener Erwerbskonstellationen deutlich werden, dass Strukturen existieren, die aufgrund des fehlenden dreistufigen Aufbaus beim Beteiligungserwerb nicht unter die Begünstigung durch die Konzernklausel fallen. Die Anteilsübertragungen werden nicht auf der dritten Beteiligungsstufe stattfinden, allerdings auch keine Verschiebung von Verlusten auf Dritte verursachen. Somit gehen Verlustvorträge unter, wenngleich sie den Zielsetzungen des Gesetzgebers entsprechend erhalten bleiben sollten. Im Ergebnis wird sich zeigen, dass der Wortlaut vor dem Hintergrund des Sinn und Zwecks der Regelung zu eng gefasst ist und Änderungsbedarf besteht¹⁰⁴.

aa) Erwerbsvorgänge mit Beteiligung der Konzernspitze

Überträgt die Konzernobergesellschaft eine Verlustgesellschaft auf einen Rechtsträger, an dem sie selbst zu 100 Prozent beteiligt ist, so kann ein schädlicher Beteiligungserwerb i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 KStG vorliegen, da die Anteilsübertragung nicht auf der dritten Beteiligungsstufe stattfindet. Entscheidend ist, wie viele Anteilseigner die Konzernobergesellschaft wiederum hat. Handelt es sich um einen einzelnen Anteilseigner, so ist dieser am übertragenden Rechtsträger unmittelbar und am übernehmenden Rechtsträger mittelbar zu 100

¹⁰⁰ Vgl. *Franz*, BB 2010, 991, 998.

¹⁰¹ BT-Drucks. 17/15, 19.

¹⁰² So auch *Franz*, BB 2010, 991, 999; Ähnlich *Fey/Neyer*, StuB 2010, 47, 51 f.

¹⁰³ Vgl. *Fey/Neyer*, StuB 2010, 47, 52; *Bien/Wagner*, BB 2009, 2629 befürworten gar eine Umformulierung der Konzernklausel und führen eine eigene Alternativformulierung an.

¹⁰⁴ Ebenso *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627, 2629; *Fey/Neyer*, StuB 2010, 47, 51 f.; *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11, 13.

Prozent beteiligt. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Konzernklausel sind erfüllt und die Verlustvorträge bleiben erhalten.

Häufig jedoch ist eine Konzernobergesellschaft in der Praxis im Streubesitz. Nun sei sie dementsprechend eine börsennotierte Publikumsgesellschaft mit und übertragender Rechtsträger. Nach der in dieser Arbeit zuvor getroffenen Auslegung sind mehrere Personen oder Gesellschaften nicht zusammengefasst als „dieselbe Person“ i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG zulässig¹⁰⁵. Somit können die Aktionäre, auch wenn sie zusammengerechnet 100 Prozent der Anteile halten, die Voraussetzungen der Konzernklausel nicht erfüllen. Die Folge daraus ist ein schädlicher Beteiligungserwerb mit einem (anteiligen) Untergang der Verlustvorträge¹⁰⁶. Hier zeigt sich deutlich, dass zwar eine Umstrukturierung innerhalb eines Konzerns, an deren Spitze eine einzelne Gesellschaft steht, stattgefunden hat, jedoch die Konzernklausel entgegen der Zielsetzung des Gesetzgebers nicht greift. Für den Fall, dass die Konzernspitze übernehmender anstatt übertragender Rechtsträger ist, ergeben sich analog dazu dieselben Schlussfolgerungen. Steht an der Spitze des Konzerns eine natürliche Person, die Anteile an der Verlustgesellschaft überträgt oder erhält, ergibt sich im Ergebnis ebenfalls ein schädlicher Beteiligungserwerb. Eine natürliche Person kommt nicht als übertragender oder übernehmender Rechtsträger im Rahmen der Konzernklausel in Frage, da an ihr keine Beteiligung bestehen kann. Somit gehen auch hier sämtliche Verlustvorträge (anteilig) unter¹⁰⁷.

Die Verkürzung der Beteiligungskette innerhalb eines Konzerns durch eine entsprechende Abwärtsverschmelzung kann ebenso eine Beteiligung der Konzernspitze am Vorgang bewirken, da die Transaktion nicht vollständig auf der dritten Beteiligungsstufe stattfindet: Wird beispielsweise in einer vierstufigen Beteiligungskette eine Gesellschaft, die von der Konzernmutter in Form einer börsennotierten Publikumsgesellschaft gehalten wird, abwärts auf ihre Tochtergesellschaft verschmolzen, die wiederum Anteile an einer Verlustgesellschaft hält, so liegt ein schädlicher Beteiligungserwerb vor. Die Konzernklausel greift in diesem Fall allerdings nicht, da übernehmender Rechtsträger die Konzernmutter ist. An dieser kann nicht eine Person zu 100 Prozent beteiligt sein. Das Ergebnis gleicht dem der vorigen Konstellationen, denn auch hier ist die Übertragung nicht auf der dritten Beteiligungsebene vollzogen worden: Der Verlustuntergang kann nicht durch die Konzernklausel verhindert werden¹⁰⁸. Unter bestimmten Bedingungen stellt eine Aufwärtsverschmelzung jedoch eine Ausnahme dar. Die Problematik von Verschmelzungen innerhalb eines Konzerns wird allerdings an späterer Stelle ausführlicher behandelt¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Vgl. oben in Kap. C.II.1.b).

¹⁰⁶ Vgl. auch Fey/Neyer, StUB 2010, 47, 51; ähnlich Bien/Wagner, BB 2010, 923, 930; Schneider/Roderburg, GmbHR 2010, 58, 59; Wittkowski/Hielscher, DB 2010, 11, 14; anderer Ansicht Eisgruber/Schaden, Ubg 2010, S. 78 ff.

¹⁰⁷ Vgl. oben in Kap. C.II.1.a).

¹⁰⁸ Vgl. dazu Bien/Wagner, BB 2010, 923, 931; Scheipers/Linn, Ubg 2010, 8, 10; Sistermann/Brinkmann, DStR 2009, 2633, 2634.

¹⁰⁹ Siehe unten in Kap. C.II.1.f).

bb) Problematik eines zweistufigen Aufbaus

Dass Beteiligungserwerbe oberhalb der dritten Beteiligungsstufe unweigerlich schädlich i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 und 4 KStG sind und nicht durch die Konzernklausel begünstigt werden, trifft insbesondere kleinere und mittelständische Unternehmen¹¹⁰. Gerade diese weisen zumeist nicht den geforderten dreistufigen Aufbau auf. In der Regel besitzen sie einen zweistufigen Aufbau, in der eine einzelne Konzernobergesellschaft an mehreren Tochtergesellschaften unmittelbar beteiligt ist. Somit ist im Falle einer Anteilsübertragung der Untergang von Verlustvorträgen unausweichlich, wenn an der Konzernobergesellschaft mehr als eine Person beteiligt ist. Werden Anteile einer unmittelbaren Tochtergesellschaft, die Verlustvorträge aufweist, auf eine andere übertragen oder wird sie auf eine andere verschmolzen¹¹¹, so ist die Konzernobergesellschaft in jedem Falle übertragender Rechtsträger. Wenn diese darüber hinaus von mindestens zwei Anteilseignern gehalten wird, so sind an ihr und dem übernehmenden Rechtsträger nicht dieselbe Person i.S.d. des § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG beteiligt, sodass eine Anwendung der Konzernklausel nicht möglich ist. Die Verlustvorträge werden (anteilig) nach Satz 1 bzw. Satz 2 untergehen.

Infolge des Erfordernisses eines (mindestens) dreistufigen Aufbaus durch den Gesetzeswortlaut können vor allem konzerninterne Umstrukturierungen in kleineren und mittelständischen Unternehmen nicht von der Begünstigung der Konzernklausel profitieren¹¹², auch wenn eine einzelne Gesellschaft an der Spitze des Konzerns steht. Daher stellt dies meines Erachtens mangels sachlichen Grunds einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG dar, da zwar keine direkte, aber eine indirekte Benachteiligung vorliegt¹¹³.

cc) Gestaltungsmöglichkeit durch Zwischenerwerb

Sollte keine Änderung oder Klarstellung seitens des Gesetzgebers erfolgen, so muss nach einer Gestaltung gesucht werden, um konzerninterne Umgliederungen in Unternehmen mit einer zweistufigen Struktur von der Schädlichkeit i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 KStG auszunehmen. Möglich ist beispielsweise das Ausnutzen der Diskrepanz zwischen der Tauglichkeit einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft als „Erwerber“ i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 bis 3 KStG und als „Rechtsträger“ i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG. Während eine vermögensverwaltende Personengesellschaft der Finanzverwaltung zufolge bei einem Erwerb einer anteiligen Anrechnung nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO unterliegt¹¹⁴, kommt sie als „Rechtsträger“ im Sinne der Konzernklausel selbst in Frage¹¹⁵. In der Praxis kommt für die Gestaltung beispielsweise eine Kommanditgesellschaft in

¹¹⁰ Vgl. *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11, 15.

¹¹¹ Wird eine Verlustgesellschaft auf eine andere Gesellschaft verschmolzen, so gehen die Verlustvorträge ohnehin durch § 12 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG unter, ohne dass die Konzernklausel überhaupt zur Anwendung kommt. Näheres dazu siehe in Kap. C.II.1.f).

¹¹² Ähnlich *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11, 15.

¹¹³ Anderer Ansicht *Franz*, BB 2010, 991, 998.

¹¹⁴ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DStR 2008, 1436, 1438, Rdnr. 24.

¹¹⁵ Vgl. oben Kap. C.II.1.a).

Frage, die weder gewerblich geprägt noch gewerblich tätig ist und folglich keine ertragsteuerliche Mitunternehmerschaft darstellt.

Ist nun eine Konzernobergesellschaft im Streubesitz und im einfachsten Fall an einer solchen Kommanditgesellschaft, einer Verlustgesellschaft und einer weiteren Tochtergesellschaft unmittelbar beteiligt, so kann durch einen Zwischenerwerb eine unschädliche konzerninterne Umstrukturierung vorgenommen werden. Zur Vermeidung einer gewerblichen Prägung i.S.d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG ist es erforderlich, dass die Konzernobergesellschaft als Kommanditist zu 100 Prozent vermögensmäßig an der Kommanditgesellschaft beteiligt ist und zugleich zur Geschäftsführung befugt ist¹¹⁶. Ziel soll nun die Verlängerung der Beteiligungskette sein, indem die Anteile an der Verlustgesellschaft auf die Tochtergesellschaft übertragen werden. Würde dies ohne Gestaltung erfolgen, so wäre die Konzernmutter übertragender Rechtsträger, wodurch die von der Konzernklausel geforderte 100%-Beteiligung durch dieselbe Person nicht gegeben wäre¹¹⁷. Überträgt die Konzernmutter allerdings die Anteile an der Verlustgesellschaft zunächst auf die Kommanditgesellschaft, so findet kein schädlicher Beteiligungserwerb i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 bis 3 KStG statt. Die Konzernmutter ist auch Erwerber der Anteile, denn diese werden ihr nun weiterhin nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zugerechnet, somit hat keine Übertragung i.S.d. § 8c Abs. Satz 1 bis 3 KStG stattgefunden. Darauffolgend kann die Beteiligung an der Verlustgesellschaft auf die Tochtergesellschaft übertragen werden, wobei die Konzernmutter dann als „dieselbe Person“ sowohl an der übertragenden (Kommanditgesellschaft) als auch am übernehmenden Rechtsträger (Tochtergesellschaft) zu 100 Prozent beteiligt ist. Entscheidend ist hier vor allem, dass der Komplementär der Kommanditgesellschaft keine vermögensmäßige Beteiligung hält und somit nicht als „Störfaktor“ für die 100-Prozent-Beteiligung der Konzernmutter zu bewerten ist¹¹⁸. Dadurch greift die Konzernklausel und es liegt kein schädlicher Beteiligungserwerb vor. Der umgekehrte Vorgang – eine Verkürzung der Beteiligungskette – kann durch eine analoge Gestaltung ebenfalls von der Schädlichkeit ausgenommen werden¹¹⁹.

e) Das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ der 100-Prozent-Beteiligung

aa) Geringfügige Beteiligung eines Dritten

Der Gesetzgeber setzt für die Anwendbarkeit der Konzernklausel eine 100-Prozent-Beteiligung derselben Person an den im Beteiligungserwerb involvierten Rechtsträgern voraus. Durch eine noch so geringe Beteiligung einer anderen Person oder Gesellschaft ist der Wortlaut nicht mehr erfüllt. Sind beispielsweise bei der Übertragung einer Verlustgesellschaft nur ein Prozent der Anteile entweder am übertragenden oder übernehmenden Rechtsträger im Besitz eines Dritten, so gehen die nicht genutzten Verluste vollständig unter. Zwar ist die Klas-

¹¹⁶ Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2010, 923, 931.

¹¹⁷ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.b).

¹¹⁸ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.c).

¹¹⁹ Vgl. dazu *Bien/Wagner*, BB 2010, 923, 932.

sifizierung als schädlicher Beteiligungserwerb zunächst als sachgerecht anzusehen, da es zu einer Verlustverschiebung auf den Dritten kommt, allerdings ist das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ der Konzernklausel zu kritisieren¹²⁰. Aufgrund der geringen Verlustverschiebung (von nur einem Prozent in diesem Beispiel) sollte es bei derart geringen Beteiligungen von Außenstehenden – wenn überhaupt – auch nur insoweit zu einem quotalen Verlustuntergang kommen¹²¹. Sinnvoller ist meines Erachtens eine Änderung des Wortlauts, mit der eine gewisse Toleranz bezüglich der Beteiligung eingeführt wird – denn einen Auslegungsspielraum lässt die eindeutige Formulierung des aktuellen Wortlauts und die explizite Ablehnung der Beteiligung außenstehender Dritter in der Gesetzesbegründung nicht zu¹²². Dazu werden in der Literatur hauptsächlich zwei verschiedene Vorschläge angeführt, um die Konzernklausel hinsichtlich des Erfordernisses der 100-Prozent-Beteiligung zu entschärfen:

Der erste Vorschlag greift dabei auf das Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG) zurück. Nach § 1 Abs. 2a, 3 sowie § 6a GrEStG liegt bei einer Vereinigung von 95 Prozent der Anteile eine Konzentration in einer Hand vor. Diesen Leitgedanken solle der Gesetzgeber auch beim § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG übernehmen und somit eine Toleranz von fünf Prozent gewähren, zu denen ein Dritter beteiligt sein darf, ohne dass die Anwendung der Konzernklausel versagt bleibt. Die erforderliche Beteiligung solle somit von 100 auf nur noch 95 Prozentpunkte herabgesenkt werden, damit wirtschaftlich sinnvolle konzerninterne Umgliederungen nicht durch Minderheitsbeteiligungen verhindert werden. Dafür spräche ebenso die ebenfalls durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz eingeführte „Konzernklausel“ § 6a GrEStG¹²³, die eine Grunderwerbsteuerliche Vergünstigung bei Umstrukturierungen im Konzern in Verbindung mit § 1 Abs. 2a, 3 GrEStG und damit den maßgeblichen 95 Prozent vorsieht¹²⁴.

In einem anderen Vorschlag dagegen wird sich direkt auf § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG bezogen. Demnach liegt ein schädlicher Beteiligungserwerb erst vor, wenn mehr als 25 Prozent der Anteile übertragen werden. Folglich schließe der Gesetzgeber aus, dass bei einer Übertragung von bis zu 25 Prozent der Anteile – und somit auch von 25 Prozent der nicht genutzten Verluste – überhaupt ein missbräuchlicher Verlusthandel stattgefunden hat. Somit sei es widersprüchlich, dass eine Beteiligung eines Dritten am übertragenden oder am übernehmenden Rechtsträger von nur beispielsweise einem Prozent dagegen ein vollständiger Verlustuntergang und damit die Klassifizierung als schädlicher Beteiligungserwerb erfolgt. In diesem Zahlenbeispiel wird letztendlich nur ein Prozent der nicht genutzten Verluste auf einen Dritten verschoben, der Logik des Satz 1 zufolge sollte somit

¹²⁰ Vgl. *Orth*, Ubg 2010, 169, 175; ähnlich *Fey/Neyer*, StuB 2010, 47, 59.

¹²¹ So auch *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633, 2634.

¹²² Vgl. BT-Drucks. 17/15, 19.

¹²³ Vgl. BGBl. I 2009, 3954.

¹²⁴ Vgl. *Cortez/Brucker*, BB 2010, 734, 739; *Herzig/Bohn*, DStR 2009, 2341, 2343; *Schneider/Roderburg*, FR 2010, 58, 59.

kein schädlicher Beteiligungserwerb vorliegen. Daher sei anstatt der 100-Prozent-Beteiligung eine 75-Prozent-Beteiligung als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Konzernklausel anzusetzen¹²⁵.

Meines Erachtens ist, sofern eine derartige Änderung vorgenommen werden soll, dem letztgenannten Vorschlag zu folgen. Zwar ist die Analogie zur Grunderwerbsteuer durchaus plausibel, dennoch ist der Bezug zum § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG dem vorzuziehen, da eine durch die Zugehörigkeit zur gleichen Gesetzesnorm eine engere Verbindung insbesondere hinsichtlich der Zielsetzungen des Gesetzgebers vorliegt. Vor allem spricht der erwähnte Widerspruch in der Klassifizierung eines schädlichen Beteiligungserwerbs hinsichtlich des Umfangs der Verlustverschiebung innerhalb des § 8c KStG zwischen Satz 1 und Satz 5 dafür. Sollte keine Änderung des Wortlauts folgen, so besteht nach §§ 327a ff. AktG die Möglichkeit eines „Squeeze Out“, bei der ein Hauptaktionär einer AG oder KGaA mit einer 95-prozentigen Beteiligung gegen eine Barabfindung die Übertragung der übrigen Anteile durch Beschluss der Hauptversammlung herbeiführen kann¹²⁶.

bb) Quotale Beteiligungsidentität bei Überträger und Übernehmer

In einem vorigen Kapitel dieser Arbeit wurde bereits die Auffassung, dass eine Personengruppe nicht als „dieselbe Person“ i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG zu verstehen ist, ausführlich begründet. Eine Auslegung entgegen des Wortlauts der Rechtsnorm und der dazugehörigen Gesetzesbegründung wurde abgelehnt. Dennoch wurde betont, dass ein Ausschluss von der Begünstigung der Konzernklausel im Falle der Beteiligung einer Personengruppe nicht dem Sinn und Zweck der Norm entspricht¹²⁷. Dieses Szenario wird im Folgenden noch einmal aufgegriffen und diesmal aus Perspektive des Erfordernisses der 100-Prozent-Beteiligung untersucht.

Es seien bei einer konzerninternen Übertragung der gesamten Anteile an einer Verlustgesellschaft zwei Personen oder Gesellschaften jeweils im gleichen Umfang sowohl am übertragenden als auch am übernehmenden Rechtsträger beteiligt, folglich herrscht vor und nach der Transaktion eine quotale Beteiligungsidentität. Gleichwohl eine Verschiebung von Verlusten, die laut Gesetzesbegründung verhindert werden soll, ausgeschlossen ist, greift die Konzernklausel hier nicht, da keine 100-Prozent-Beteiligung durch „dieselbe Person“ besteht. Es liegt ein schädlicher Beteiligungserwerb i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG vor und die nicht genutzten Verluste gehen dementsprechend vollständig unter. Dieses Ergebnis steht im Widerspruch zum Ziel des Gesetzgebers, sämtliche konzerninterne Umstrukturierungen zu begünstigen, bei der keine Verlustverschiebung auf Dritte stattfindet. Ein Grund für eine Benachteiligung bei einer quotalen Beteiligungsidentität ist nicht ersicht-

¹²⁵ Vgl. *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 72; *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 10; ähnlich *Fey/Neyer*, StuB 2010, 47, 50.

¹²⁶ Vgl. *Franz*, BB 2010, 991, 996.

¹²⁷ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.b).

lich. Vielmehr werden auch hier wieder wirtschaftlich sinnvolle Umgliederungen innerhalb von Konzernen verhindert, obwohl ein Missbrauch bezüglich der Verlustvorträge nicht möglich ist¹²⁸.

Der Gesetzgeber sollte meines Erachtens an dieser Stelle eine Nachbesserung vornehmen, um dem Gesetzeszweck gerecht zu werden. Sachgerecht wäre eine Begünstigung sämtlicher Anteilsübertragungen durch die Konzernklausel, bei denen sich die Beteiligungsstruktur nicht ändert¹²⁹. Somit würde sich auch die Diskussion über die Auslegung des Begriffs „dieselbe Person“ zumindest in diesem Fall erübrigen¹³⁰.

cc) Addition von Beteiligungen

Bisher wurden relativ einfache Beteiligungsstrukturen untersucht, in denen eine meist unmittelbare 100-Prozent-Beteiligung am übertragenden und am übernehmenden Rechtsträger bestand. Nicht selten sind Konzerne allerdings komplizierter ausgestaltet, indem Anteile an Tochtergesellschaften auf unterschiedlichen Stufen unter verschiedenen Beteiligungsquoten aufgeteilt werden oder mittelbare mit unmittelbaren Beteiligungen kombiniert werden. Derartige Konstellationen sind hier in Hinsicht auf die Anwendbarkeit der Konzernklausel zu überprüfen.

Eine Konzernmutter ist beispielsweise zu 100 Prozent an zwei Tochtergesellschaften T1-GmbH und T2-GmbH unmittelbar beteiligt. Die T1-GmbH und T2-GmbH wiederum sind zu 60 bzw. 40 Prozent unmittelbar am übertragenden Rechtsträger A-GmbH beteiligt sowie zu 80 bzw. 20 Prozent am übernehmenden Rechtsträger B-GmbH. In diesem Fall ist der Umfang der Beteiligung der Konzernmutter an der A-GmbH bzw. der B-GmbH mittels einer multiplikativen Verknüpfung und anschließender Addition zu bestimmen. Somit beträgt die durchgerechnete Beteiligungsquote an der A-GmbH über die T1-GmbH ($100\% \times 60\%$) = 60% und über die T2-GmbH ($100\% \times 40\%$) = 40%. Zusammengerechnet ergeben sich die notwendigen 100 Prozent. Dementsprechend beträgt die Beteiligung an der B-GmbH ebenso ($100\% \times 80\%$) + ($100\% \times 20\%$) = 100%. Im Ergebnis ist die Konzernklausel anwendbar, die nicht genutzten Verluste gehen nicht unter. Folglich kann mangels Einschränkung des Gesetzgebers die vorausgesetzte 100-Prozent-Beteiligung auch über mehrere Beteiligungsstränge erreicht werden¹³¹.

Nun wird das Beispiel dahingehend erweitert, dass die Konzernmutter selbst 10 Prozent der Anteile am übertragenden Rechtsträger A-GmbH hält, während die Beteiligung von der T1-GmbH entsprechend nur noch 50 Prozentpunkte beträgt. Die mittelbare und die unmittelbare Beteiligung sind hier zu addieren, da auch der Wortlaut sowohl in Satz 1 als auch Satz 5 beide Formen gleichstellt und somit kein Grund für eine andersartige Behand-

¹²⁸ Ebenso Franz, BB 2010, 991, 999; Sistermann/Brinkmann, DStR 2009, 2633, 2634; kritisch auch Bien/Wagner, BB 2009, 2627, 2629.

¹²⁹ So auch Sistermann/Brinkmann, DStR 2009, 2633, 2634; ähnlich Schneider/Roderburg, FR 2010, 58, 59.

¹³⁰ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.b).

¹³¹ Vgl. Bien/Wagner, BB 2010, 923, 925; im Ergebnis ebenso Franz, BB 2010, 991, 995; Wittkowski/Hielscher, DB 2010, 11, 13.

lung ersichtlich ist¹³². Daher beträgt die Beteiligungsquote der Konzernmutter an der A-GmbH $10\% + (100\% \times 50\%) + (100\% \times 40\%) = 100\%$. Auch in diesem Fall greift die Konzernklausel und verhindert den Verlustuntergang¹³³.

dd) Maßgeblicher Zeitpunkt und Haltefrist

Unklar ist, in welchem Zeitraum oder zu welchem Zeitpunkt die 100-Prozent-Beteiligung bestehen muss. Im Wortlaut des § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG selbst fehlt es an einer Vorgabe seitens des Gesetzgebers. Somit kommen drei denkbare Anknüpfungspunkte in Frage: der Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs, der Zeitraum des eventuellen Untergangs der nicht genutzten Verluste oder Zeitraum der angestrebten Verlustverrechnung. Gegen die beiden letztgenannten und für die erste Möglichkeit spricht der Wortlaut der Konzernklausel, der sich auf den schädlichen Beteiligungserwerb selbst bezieht. Ist nun der Zeitpunkt des schädlichen Beteiligungserwerbs maßgeblich, so ist nach Auffassung der Finanzverwaltung dieser anhand des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums zu bestimmen. Die steuerliche Rückwirkung nach § 2 UmwStG findet dabei keine Anwendung¹³⁴. Im Fall eines gestreckten Erwerbs sollte – unter Berücksichtigung des Ziels der Unterbindung von Verlustverschiebungen – weder nur auf den Zeitpunkt des ersten noch auf den des eine Schädlichkeit i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 und 2 KStG auslösenden Beteiligungserwerbs abgestellt werden, sondern jede zugehörige Transaktion betrachtet werden¹³⁵.

Weiterhin existiert für die erforderliche 100-Prozent-Beteiligung keine Haltefrist. Der Fünf-Jahres-Zeitraum des § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG ist an dieser Stelle nicht anzuwenden. Somit ist es ausreichend, wenn die 100-Prozent-Beteiligung exakt im Moment des schädlichen Beteiligungserwerbs besteht, sie kann dem Wortlaut zufolge danach entfallen und muss zuvor auch nicht bestanden haben. Angesichts der Zielsetzung des Gesetzgebers, die Verlustverschiebung auf Dritte zu verhindern, wäre die Einführung von Vor- und/oder Nachhaltefristen sinnvoll, wie in § 6a Abs. 2, 3 GrEStG in der Fassung des Entwurfs des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes¹³⁶ oder im nicht Kraft getretenen § 8c Abs. 2 Satz 2 KStG¹³⁷ angedacht. Ohne die Einführung solcher Fristen könnte zu missbräuchlichen Zwecken die 100-Prozent-Beteiligung vor dem Beteiligungserwerb geschaffen werden und direkt danach wieder aufgeteilt werden, sodass der Zweck des § 8c KStG verfehlt wäre. Für den Fall, dass die 100-Prozent-Beteiligung genau im Zeitpunkt eines schädlichen Beteiligungserwerbs entsteht oder entfällt – beispielsweise durch Verschmelzung, wodurch der Übertrager im gleichen Moment erlischt – sollte die Kon-

¹³² Vgl. *Franz*, BB 2010, 991, 995; im Ergebnis ebenso *Bien/Wagner*, BB 2010, 923, 925.

¹³³ Für die Abbildung des Fallbeispiels im Organigramm siehe unten Kap. C.III., Beispiel 1, Variante F.

¹³⁴ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DStR 2008, 1436, 1437, Rdnr. 15.

¹³⁵ Vgl. *Franz*, BB 2010, 991, 996.

¹³⁶ Vgl. BT-Drucks. 17/15, 8.

¹³⁷ Vgl. dazu oben Kap. B.I.

zernklausel ebenso anwendbar sein. Ansonsten würden wirtschaftlich sinnvolle Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns, die der Gesetzgeber grundsätzlich begünstigen möchte, benachteiligt bzw. behindert werden¹³⁸.

f) Konzerninterne Umstrukturierungen durch Verschmelzungen

Verschmelzungen spielen besonders bei konzerninternen Umstrukturierungen eine wichtige Rolle. Daher werden im nächsten Schritt die Anwendbarkeit des § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG bei Auf- und Abwärtsverschmelzungen untersucht.

aa) Aufwärtsverschmelzung

Da die Folgen von Aufwärtsverschmelzungen in einer dreistufigen Beteiligungskette bereits erläutert wurden¹³⁹, wird hier eine linienförmige vierstufige betrachtet. Eine Konzernmutter M-AG im Streubesitz hält sämtliche Anteile der Tochtergesellschaft T1-GmbH. Diese ist an der in der Struktur darunterliegenden T2-GmbH zu 100 Prozent beteiligt, die wiederum im Besitz aller Anteile an einer Verlustgesellschaft ist¹⁴⁰. Wird nun die T2-GmbH aufwärts auf T1-GmbH verschmolzen, so greift die Konzernklausel. Die Konzernmutter ist sowohl am übernehmenden (T1-GmbH) als auch am übertragenden Rechtsträger (T2-GmbH) jeweils zu 100 Prozent unmittelbar bzw. mittelbar beteiligt. Ein schädlicher Beteiligungserwerb liegt allerdings vor, wenn die T1-GmbH auf die Konzernmutter verschmolzen wird¹⁴¹. In diesem Fall ist nicht dieselbe Person zu 100 Prozent beteiligt, da sich die übernehmende M-AG im Besitz mehrerer Anteilseigner befindet. Dieses Ergebnis ist nicht sachgerecht, da keine Verlustverschiebung stattfindet. Wird dagegen die Verlustgesellschaft selbst auf die T1-GmbH, die T2-GmbH oder gar die Konzernobergesellschaft M-AG verschmolzen, so hat die mögliche Anwendung der Konzernklausel keine Bedeutung. Nach § 12 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG gehen sämtliche Verlustvorträge des übertragenden Rechtsträgers im Fall einer Verschmelzung nicht auf den übernehmenden Rechtsträger über und sind somit unbrauchbar. Dies zeigt, dass es im Umwandlungssteuerrecht an einer Konzernklausel fehlt, da jede konzerninterne Verschmelzung einer Verlustgesellschaft auf eine andere Gesellschaft den Verlustuntergang zur Folge hat¹⁴², wenngleich sie einem wirtschaftlich sinnvollen Zweck dienen mag.

¹³⁸ Vgl. *Franz*, BB 2010, 991, 996, der auch die Problematik bei mehreren Restrukturierungsschritten aufgreift und Lösungsvorschläge diesbezüglich anführt.

¹³⁹ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.d)aa).

¹⁴⁰ Das Organigramm dazu ist als Beispiel 5, Variante A in Kap. B.V. zu finden.

¹⁴¹ Das Organigramm dazu ist als Beispiel 5, Variante B in Kap. B.V. zu finden.

¹⁴² Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627, 2629; *Franz*, BB 2010, 991, 1000; *Scheunemann/Dennisen/Behrens*, BB 2010, 23, 26.

bb) Abwärtsverschmelzung

Ausgehend vom eingeführten Beispiel lösen Abwärtsverschmelzungen aufgrund der Konzernklausel keinen schädlichen Beteiligungserwerb aus, da in jedem Fall die Muttergesellschaft als „dieselbe Person“ zu 100 Prozent an den involvierten Rechtsträgern beteiligt ist. Nur falls die Muttergesellschaft selbst abwärts verschmolzen wird, greift der § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG nicht, da sie im Streubesitz ist. Problematisch wird es allerdings, wenn die T1-GmbH abwärts auf die T2-GmbH verschmolzen wird. Letztere ist zunächst nach UmwG und UmwStG übernehmender Rechtsträger des Vermögens der T1-GmbH. Jedoch ist die umwandlungssteuerliche Auslegung für die Konzernklausel nicht relevant, da hier die Übernahme der Anteile und nicht des Vermögens maßgeblich ist¹⁴³. Durch die Abwärtsverschmelzung erlischt die T1-GmbH und ihre mittelbare Beteiligung an der Verlustgesellschaft fällt damit der M-AG zu. Die T2-GmbH hält ohnehin unmittelbar die Anteile an der Verlustgesellschaft. Somit ist die M-AG der übernehmende Rechtsträger bezüglich der mittelbaren Beteiligung, ist zugleich aber im Streubesitz. Infolgedessen geht der Verlust vollständig unter, da die Konzernklausel nicht greift¹⁴⁴. Anders sieht es aus, wenn die T2-GmbH aufwärts auf die T1-GmbH verschmolzen wird. Nun ist die T1-GmbH übernehmend, wodurch der § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG wiederum anwendbar ist, da an ihr wie auch am Übertrager (T2-GmbH) die M-AG zu 100 Prozent beteiligt ist. Dass die Verschmelzungsrichtung hier ein Kriterium für die Anwendbarkeit der Konzernklausel darstellt, ist mit den Zielsetzungen des Gesetzgebers nicht vereinbar¹⁴⁵.

Steht an der Konzernspitze nicht nur die M-AG, sondern zusätzlich eine weitere Gesellschaft M2-AG und erfolgt nun eine Abwärtsverschmelzung der T2-GmbH auf die Verlustgesellschaft, so ist die T1-GmbH übernehmend. An ihr sind allerdings die M-AG und die M2-AG beteiligt, folglich greift die Konzernklausel auch hier nicht¹⁴⁶. Im Unterschied zum vorigen Fall würde jedoch bei einer Aufwärtsverschmelzung ebenfalls ein schädlicher Beteiligungserwerb vorliegen.

g) Die Problematik des gestreckten Erwerbs

Für die Schädlichkeit i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 bzw. 2 KStG ist das erstmalige Überschreiten der Schwellenwerte von 25 bzw. 50 Prozent maßgeblich. Bei sogenannten gestreckten Erwerben, die Anteilsübertragung in mehreren Schritten, liegt dann ein schädlicher Beteiligungserwerb vor, wenn auf unschädliche Erwerbe innerhalb von fünf Jahren ein weiterer folgt, durch den nach Zusammenrechnen aller Erwerbsvorgänge insgesamt mehr als 25 bzw. 50 Prozent der Anteile an einer Zielgesellschaft übertragen wurden. Dabei ist es unerheblich, ob die letzte Transaktion für sich isoliert gesehen vom Umfang her unschädlich ist¹⁴⁷.

¹⁴³ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.a).

¹⁴⁴ Vgl. oben Kap. C.II.1.b).

¹⁴⁵ So auch *Franz*, BB 2010, 991, 999.

¹⁴⁶ Vgl. *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 11.

¹⁴⁷ Vgl. dazu oben Kap. B.III und Kap. B.V, Beispiel 7.

In Bezug auf die Konzernklausel, die eine Schädlichkeit nach Satz 1 bis 4 verhindert, ist allerdings mangels eindeutiger Formulierung im Gesetzwortlaut nicht klar, ob nur der für das Überschreiten der Schwellenwerte ursächliche Erwerb als schädlicher Beteiligungserwerb zu klassifizieren ist, oder jeder Erwerb einschließlich des ursächlichen. Dies ist insofern relevant, als bei der ersten Variante die Beteiligungserwerbe, die der für die Schädlichkeit ursächlichen Transaktion vorangingen, trotz Anwendung der Konzernklausel weiterhin für den § 8c KStG als „Zählerwerbe“¹⁴⁸ beachtlich sind. Dadurch könnten diese zusammengerechnet mit weiteren Zählerwerken erneut einen schädlichen Beteiligungserwerb auslösen. Dieses Ergebnis kann nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen, daher ist die zweite Variante zu bevorzugen, in der sämtliche dem schädlichen Beteiligungserwerb zugehörige Erwerbe von der Konzernklausel begünstigt werden und somit danach unbeachtlich für eine weitere Anwendung von § 8c Abs. 1 Satz 1 bis 4 KStG sind¹⁴⁹.

Zu klären ist bei dieser Auslegungsvariante allerdings, wie von der Konzernklausel begünstigte Erwerbsvorgänge in Kombination mit nicht begünstigten Erwerben Dritter zu behandeln sind, wenn dem addierten Umfang der Anteilsübertragung nach ein schädlicher Beteiligungserwerb vorliegt. Am folgenden Gedankenspiel¹⁵⁰ soll die Problematik aufgezeigt werden: Eine konzernzugehörige Gesellschaft und ein außenstehender Dritter sind an einer Verlustgesellschaft beteiligt. Werden von jener konzernzugehörigen Gesellschaft Anteile an der Verlustgesellschaft in einem schädlichen Umfang an übernehmenden Rechtsträger im Konzern übertragen, so liegt unter Annahme der Anwendbarkeit der Konzernklausel kein schädlicher Beteiligungserwerb vor. Anschließend erwirbt derselbe übernehmende Rechtsträger innerhalb von fünf Jahren weitere Anteile an der Verlustgesellschaft vom konzernfremden Dritten. Zusammengerechnet mit der ersten Transaktion führt dies dem Umfang nach insgesamt zu einem schädlichen Beteiligungserwerb. Dieser zweite Erwerbsvorgang soll dabei allerdings isoliert für sich unschädlich sein. Folgt man dem Grundsatz der Addition der Prozentsätze, so ist eine Anwendung der Konzernklausel nicht möglich, da die für den schädlichen Beteiligungserwerb ursächliche Übertragung nicht innerhalb des Konzerns stattgefunden hat. Berücksichtigt man allerdings den Zweck des § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG, konzerninterne Umstrukturierungen zu begünstigen, so sollte folgerichtig der erste Erwerbsvorgang für die Bewertung ignoriert werden¹⁵¹. Somit wäre lediglich die zweite Transaktion auf Anwendbarkeit der Konzernklausel zu überprüfen, wobei jene für sich allein aufgrund des geringen Umfangs nicht schädlich i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 oder 2 KStG ist. Diese Auslegung verhindert zudem, dass die Reihenfolge der Anteilsübertragungen über die Schädlichkeit bestimmt. Würde zunächst die Übertragung durch den konzernfremden Dritten erfolgen und dann erst der Beteiligungserwerb innerhalb des Konzerns, dann würde dem Wortlaut nach die Konzernklausel greifen. Auch für den in der Konstellation abgeänderten Fall, dass ein solcher gestreckter Erwerb durch einen Erwerberkreis, bestehend aus einem konzernzugehörigen sowie einem konzernfremden Rechtsträ-

¹⁴⁸ *Bien/Wagner*, BB 2010, 923, 928.

¹⁴⁹ Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2010, 923, 928.

¹⁵⁰ Konkrete Zahlenbeispiele zu dieser Konstellation sind zu finden in Kap. B.V i.V.m. Kap. C.III sowie *Bien/Wagner*, BB 2010, 923, 928 f.; *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11, 15.

¹⁵¹ Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2010, 923, 928; ähnlich *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11, 15.

ger, und einen konzernzugehörigen übertragenden Rechtsträger durchgeführt wird, ist diese Auslegung analog anzuwenden¹⁵².

Findet ein gestreckter Erwerb innerhalb eines Konzerns über die Jahre 2009 und 2010 hinweg statt, sodass die für einen schädlichen Beteiligungserwerb ursächliche Anteilsübertragung erst 2010 vollzogen wird, so greift dennoch die Konzernklausel – obgleich ihre Anwendung nach § 34 Abs. 7b Satz 2 KStG für Beteiligungserwerbe nach dem 31.12.2009 vorgesehen ist. Abgestellt wird meines Erachtens der Gesetzesbegründung zufolge auf den die Schädlichkeit verursachenden Erwerb¹⁵³: „Tatbestandlich erfasst diese Neuregelung alle Anteilsübertragungen nach dem 31. Dezember 2009, die dazu führen, dass eine der Grenzen des § 8c Absatz 1 Satz 2 oder 2 KStG überschritten wird (schädlicher Beteiligungserwerb).“¹⁵⁴.

2. „Stille Reserven-Escape“-Klausel

§ 8c Abs. 1 Satz 6 bis 8 KStG – „Stille Reserve-Escape“-Klausel

[...]

⁶Ein nicht abziehbarer nicht genutzter Verlust kann abweichend von Satz 1 und Satz 2 abgezogen werden, soweit er bei einem schädlichen Beteiligungserwerb im Sinne des Satzes 1 die anteiligen und bei einem schädlichen Beteiligungserwerb im Sinne des Satzes 2 die gesamten, zum Zeitpunkt des schädlichen Beteiligungserwerbs vorhandenen stillen Reserven des inländischen Betriebsvermögens der Körperschaft nicht übersteigt. ⁷Stille Reserven im Sinne des Satzes 6 sind der Unterschiedsbetrag zwischen dem anteiligen oder bei einem schädlichen Beteiligungserwerb im Sinne des Satzes 2 dem gesamten in der steuerlichen Gewinnermittlung ausgewiesenen Eigenkapital und dem auf dieses Eigenkapital jeweils entfallenden gemeinen Wert der Anteile an der Körperschaft, soweit diese im Inland steuerpflichtig sind. ⁸Bei der Ermittlung der stillen Reserven ist nur das Betriebsvermögen zu berücksichtigen, das der Körperschaft ohne steuerrechtliche Rückwirkung, insbesondere ohne Anwendung des § 2 Absatz 1 des Umwandlungssteuergesetzes, zuzurechnen ist.

[...]

a) Voraussetzungen und Funktionsweise

Eine weitere Möglichkeit, um Verlustvorträge vor dem Untergang zu bewahren, wurde mit der „Stille Reserve-Escape“-Klausel geschaffen, sofern die Konzernklausel nicht greift. Im Gegensatz zu dieser wird nicht ein schädlicher Beteiligungserwerb als unschädlich klassifiziert – Satz 6 schränkt vielmehr den Umfang des Verlustuntergangs ein. Mithin wird nicht der Tatbestand an sich rückgängig gemacht, sondern lediglich die Rechts-

¹⁵² Vgl. dazu *Bien/Wagner*, BB 2010, 923, 928 f.

¹⁵³ Ebenso *Franz*, BB 2010, 991, 1000.

¹⁵⁴ BT-Drucks. 17/15, 19 f.

folge des § 8c Abs. 1 Satz 1 und 2 KStG¹⁵⁵. Voraussetzung für die Anwendung dieser Verschonungsregel ist das Vorhandensein von „nicht genutzten Verlusten“, die bereits in Satz 1 legaldefiniert wurden. Dies können neben Verlustvorträgen¹⁵⁶ der Finanzverwaltung zufolge auch laufende Verluste bis zum Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs sein¹⁵⁷. Sie müssen „nicht abziehbar“ sein, folglich aufgrund eines schädlichen Beteiligungserwerbs im Sinne von Satz 1 und 2 vom Untergang bedroht und nicht von der Konzernklausel in Satz 5 begünstigt. Durch die „Stille Reserve-Escape“-Klausel werden die nicht abziehbaren nicht genutzten Verluste nun in einer bestimmten Höhe verschont, wobei der darüber hinausgehende Betrag dennoch anteilig bzw. vollständig untergeht. Die Bestimmung der Verschonungshöhe erfolgt in Verbindung mit der Systematik von § 8c Abs. 1 Satz 1 und 2 KStG und ist infolgedessen entsprechend des Tatbestands in zwei mögliche Fälle abzugrenzen:

Werden mehr als 25 Prozent der Anteile an einer Körperschaft übertragen, so liegt nach Satz 1 zunächst ein schädlicher Beteiligungserwerb vor, bei dem die nicht genutzten Verluste anteilig untergehen. Nach Satz 6 können diese nun unbeachtlich der Rechtsfolge von Satz 1 in Höhe der anteiligen stillen Reserven des inländischen Betriebsvermögens der Körperschaft, die zum Zeitpunkt der Übertragung vorhanden waren, dennoch abgezogen werden. Beträgt folglich der Umfang einer Anteilsübertragung 30 Prozent, so sind entsprechend ebenso 30 Prozent der genannten stillen Reserven für die Verschonungshöhe zu veranschlagen. Dagegen sind bei einem schädlichen Beteiligungserwerb von mehr als 50 Prozent nach Satz 2, dessen Rechtsfolge ein vollständiger Verlustuntergang ist, die nicht genutzten Verluste in Höhe der gesamten stillen Reserven des inländischen Betriebsvermögens der Körperschaft, die zum Zeitpunkt des Erwerbs vorhanden sind. Auch wenn beispielsweise nur 70 Prozent der Anteile übertragen werden, so sind dem Gesetzeswortlaut nach dennoch sämtliche stille Reserven für die Berechnung der Verschonungshöhe einzubeziehen.

b) Ermittlung der stillen Reserven

Nach § 8c Abs. 1 Satz 7 KStG sind die für Zwecke der „Stille Reserven-Escape“-Klausel qualifizierten stillen Reserven zu ermitteln, indem das steuerliche Eigenkapital¹⁵⁸ der zu übertragenden Körperschaft dem auf dieses Eigenkapital jeweils entfallenden gemeinen Wert der Anteile an dieser Körperschaft gegenübergestellt wird. Der Unterschiedsbetrag daraus entspricht dem Umfang der Verschonung. Auch hier unterscheidet der Gesetzgeber zwischen zwei möglichen Fällen: Liegt ein schädlicher Beteiligungserwerb von mehr als 25 Prozent i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG vor, so sind lediglich das auf die erworbenen Anteile entfallende steuerliche Eigenkapital sowie der gemeine Wert der erworbenen Anteile für die Berechnung heranzuziehen. Beträgt der Umfang der Anteilsübertragung beispielsweise 30 Prozent, sind folglich nur 30 Prozent des Eigenkapitals und der ge-

¹⁵⁵ Vgl. *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73, 75; *Rödter*, Ubg 2010, 162, 164.

¹⁵⁶ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DStR 2008, 1436, Rdnr. 2.

¹⁵⁷ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DStR 2008, 1436, 1438, Rdnr. 31.

¹⁵⁸ Zum Entwurf des Jahressteuergesetzes 2010 hat der Bundesrat auf Empfehlung seiner Ausschüsse einer Beschränkung auf positives Eigenkapital in Satz 7 zugestimmt. (vgl. BR-Drucks. 318/10, 57 f.; zur derzeit bestehenden Möglichkeit der Verlustnutzung bei negativem Eigenkapital siehe auch *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73, 76).

meine Wert von 30 Prozent der Anteile für die Ermittlung beachtlich. Ist dagegen ein schädlicher Beteiligungserwerb von mehr als 50 Prozent i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG vollzogen worden, so sind das gesamte steuerliche Eigenkapital und der gemeine Wert sämtlicher Anteile maßgeblich¹⁵⁹.

Dabei ist das relevante Eigenkapital gemäß steuerlicher Gewinnermittlung der Steuerbilanz nach § 60 Abs. 2 Satz 2 EStDV der Körperschaft zu entnehmen¹⁶⁰ oder alternativ – da kein Zwang zur Erstellung einer eigenständigen Steuerbilanz besteht – aus der Handelsbilanz, durch Zusätze oder Anmerkungen den steuerlichen Vorschriften angepasst, abzuleiten¹⁶¹. Im Fall eines unterjährigen Beteiligungserwerbs ist dies allerdings nicht möglich, da die Ermittlung des steuerlichen Eigenkapitals erst zum Ende eines jeden Geschäfts- bzw. Wirtschaftsjahres erfolgt. Somit liegt eine zeitanteilige Zurechnung nahe¹⁶², wie es die Finanzverwaltung bereits in Verbindung mit der Bestimmung der für § 8c KStG maßgeblichen Verluste bei unterjährigen Beteiligungserwerben vorgesehen hat¹⁶³. Damit ist unter Einbeziehung der letzten Steuerbilanz der Körperschaft auf die Ermittlung eines fortgeführten Eigenkapitals zurückzugreifen. Durch Heranziehen des steuerbilanziellen Eigenkapitals des vorangegangenen Wirtschaftsjahres in Kombination mit der zeitanteiligen Hinzurechnung des steuerlichen Gewinns bzw. des zeitanteiligen Abziehens des steuerlichen Verlustes des laufenden Wirtschaftsjahres kann ein solches fiktives Eigenkapital berechnet werden, das als Grundlage für die Ermittlung der stillen Reserven dient¹⁶⁴.

Der gemeine Wert der Anteile entspricht der Gesetzesbegründung zufolge bei einem entgeltlichen Beteiligungserwerb dem für die Anteile gezahlten Entgelt. Erfolgt eine Transaktion in einem Umfang von weniger als 100 Prozent, aber mehr als 50 Prozent, so ist nach § 8c Abs. 1 Satz 7 KStG dennoch der gemeine Wert aller Anteile maßgeblich. Dieser kann dann an dieser Stelle aus dem gezahlten Entgelt entsprechend auf 100 Prozent hochgerechnet werden¹⁶⁵. Findet jedoch ein unentgeltlicher Beteiligungserwerb statt, wie beispielsweise eine Anteilsübertragung im Rahmen einer konzerninternen Umstrukturierung oder eine Übertragung einzelner Mitgliedschafts- oder Beteiligungsrechte, so ist eine Ableitung aus dem Entgelt nicht möglich¹⁶⁶. In solchen Fällen „muss bzw. kann“ dem Gesetzgeber nach¹⁶⁷ eine Unternehmensbewertung durchgeführt werden, um den gemeinen Wert zu ermitteln. Dazu ist keine konkrete Methode vorgeschrieben, wodurch je nach Bewertungsmethode

¹⁵⁹ Vgl. BT-Drucks. 17/15, 19.

¹⁶⁰ Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627, 2631; *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 13; *Schneider/Roderburg*, FR 2010, 58, 61; *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633, 2336; *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11, 16.

¹⁶¹ Vgl. *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 75.

¹⁶² Vgl. dazu *Haßa/Gosmann*, DB 2010, 1198, 1202.

¹⁶³ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DStR 2008, 1436, 1438, Rdnr. 32.

¹⁶⁴ Ebenso *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627, 2631; *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 13; *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633, 2636.

¹⁶⁵ Vgl. BT-Drucks. 17/15, 19.

¹⁶⁶ Dies betrifft ebenso „vergleichbare Sachverhalte“ i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG wie Stimmrechtsvereinbarungen (vgl. dazu BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DStR 2008, 1436, Rdnr. 7). Kritisch bezüglich des Abstellen auf den gemeinen Wert des konkreten Erwerbsgegenstandes bei nicht „mit allen Rechten ausgestatteten Anteilen“ sind *Schneider/Roderburg*, FR 2010, 58, 61.

¹⁶⁷ Vgl. BT-Drucks. 17/15, 19.

unterschiedliche Ergebnisse entstehen könnten¹⁶⁸. Eine solche Unternehmensbewertung ist ein nicht unbeträchtlicher Kostenfaktor für den Erwerber. Überdies fehlt es diesbezüglich an Rechtssicherheit, wodurch ein gewisses Streitpotential mit der Finanzverwaltung vorhanden ist. Durch spätere Betriebsprüfungen, bei denen Ertragslage der Körperschaft in einer weitaus besseren Informationslage untersucht werden können, werden eventuell entsprechende Anpassungen im Nachhinein notwendig sein¹⁶⁹. Inwieweit die stillen Reserven einen Geschäfts- oder Firmenwert beinhalten, lässt sich mangels näherer Definition dieser nicht sicher beantworten. In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten¹⁷⁰, stille Reserven würden einen Geschäfts- und Firmenwert und immaterielle Wirtschaftsgüter umfassen. Da jedoch die Beweislast bezüglich der stillen Reserven beim Steuerpflichtigen liegt, erweist sich insbesondere die Bestimmung von stillen Reserven bei immateriellen Wirtschaftsgütern als problematisch¹⁷¹.

c) Ausschluss nicht im Inland steuerpflichtiger stiller Reserven

Für die Berechnung des Verschonungspotentials relevant sind allerdings nach § 8c Abs. 1 Satz 7 KStG nur stillen Reserven, „soweit diese im Inland steuerpflichtig sind“. Ausgeschlossen sind folglich sämtliche stille Reserven in Wirtschaftsgütern, die von der Besteuerung in Deutschland ausgenommen sind.

Verfügt beispielsweise eine inländische Körperschaft über ausländisches Immobilienvermögen, das mit stillen Reserven behaftet ist, so sind diese für die Ermittlung der qualifizierten stillen Reserven der „Stille Reserven-Escape“-Klausel nicht mit einzubeziehen, sofern der aus der Veräußerung der Immobilien entstehende Ertrag nicht der Besteuerung in Deutschland unterliegt. Ist die inländische Körperschaft dagegen im Besitz einer ausländischen Betriebsstätte mit stillen Reserven, ist zunächst zu überprüfen, ob eine inländische Besteuerung vorliegt. Dazu sind prinzipiell bei Steuersubjekten, die körperschaftsteuerpflichtig sind, § 1 Abs. 2 bzw. § 2 KStG i.V.m. § 49 EStG und die entsprechenden Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) heranzuziehen¹⁷². Besteht kein DBA, so sind die stillen Reserven der ausländischen Betriebsstätte im Inland vollständig steuerpflichtig und folglich für die Ermittlung beachtlich. Gleiches gilt für den Fall, wenn zwar ein DBA vorliegt, jedoch durch dieses eine Anrechnungsmethode anzuwenden ist. Ist in der DBA allerdings die Freistellungsmethode verankert, um eine Doppelbesteuerung zu verhindern, sind die stillen Reserven nicht im Inland steuerpflichtig und mithin in der Berechnung auszuschließen¹⁷³. Dieses Ergebnis ist mit der Überlegung vereinbar, dass stille Reserven für die Verschonung nur dann relevant sein sollten, wenn die Gewinne der ausländischen Betriebsstätte der Besteuerung

¹⁶⁸ Vgl. *Scheunemann/Dennissen/Behrens*, BB 2010, 23, 28. Anders dagegen *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633, 2636, die eine Korrespondenz von § 11 Abs. 2 BewG mit der Gesetzesbegründung zur Bestimmung des gemeinen Wertes feststellen. Danach sei der gemeine Wert, sofern er nicht aus dem Entgelt abgeleitet werden kann, einer Methode nach zu ermitteln, die die Anforderungen des § 11 Abs. 2 BewG erfüllt. Näheres dazu ist an genannter Stelle ihres Aufsatzes zu finden.

¹⁶⁹ Vgl. *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11, 16; ähnlich *Neyer*, BB 2010, 1055, 1058; *Schneider/Roderburg*, FR 2010, 58, 61; *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633, 2636.

¹⁷⁰ Vgl. *Cortez/Brucker*, BB 2010, 734, 739 f., m.w.N.; *Haßa/Gosmann*, DB 2010, 1198, 1202.

¹⁷¹ Vgl. *Cortez/Brucker*, BB 2010, 734, 740.

¹⁷² Vgl. *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 75.

¹⁷³ Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627, 2631; *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633, 2636; ähnlich *Frey/Mückl*, GmbHR, 71, 75.

erung in Deutschland unterliegen und – unbeachtlich des § 2a EStG – ihre Verluste Bestandteil des zu verschonenden Verlustvortrags sind¹⁷⁴.

Betrachtet man den Satz 6 ein wenig genauer, so wird man feststellen, dass schon dort die Einschränkung auf stille Reserven „des inländischen Betriebsvermögens“ im Wortlaut getroffen wird. Es mag zunächst der Eindruck entstehen, die darauffolgende Definition in Satz 7 der „stillen Reserven im Sinne des Satzes 6“ und die damit verbundene Voraussetzung der Steuerpflicht im Inland seien sinngemäß deckungsgleich mit der Einschränkung in Satz 6. Der Begriff „inländisches Betriebsvermögen“ wird in Verbindung mit dem § 8c KStG allerdings nicht näher definiert. Übernimmt man diesbezüglich die Definition aus dem Erbschaftsteuerrecht, dann ist „inländisches Betriebsvermögen“ ein solches Betriebsvermögen, das einer inländischen Betriebsstätte einer Körperschaft zuzuordnen ist. Folgt man dieser Auffassung, so wären selbst ohne ein DBA oder mit einer DBA, die eine Anrechnungsmethode vorsieht, stille Reserven von Auslandsbetriebsstätten nicht in die Ermittlung der Verschonungshöhe mit einzubeziehen, da sie gemäß erbschaftsteuerlicher Definition in ausländischem Betriebsvermögen ruhen. Lediglich ein ausländisches Grundstück ohne eine Auslandsbetriebsstätte wäre beispielsweise dem inländischen Betriebsvermögen der Körperschaft zuzurechnen¹⁷⁵.

Diesem Ergebnis ist meines Erachtens nicht zuzustimmen, insbesondere vor dem Hintergrund der Intention der „Stille Reserve-Escape“-Klausel. Die stillen Reserven einer ausländischen Betriebsstätte stellen kein unrechtmäßiges zusätzliches Verrechnungspotential dar, sofern die Gewinne dieser Betriebsstätte zuvor der inländischen Besteuerung unterlagen und ihre Verluste in die Verlustvorträge der inländischen Körperschaft mit eingeflossen sind. Insbesondere die in den Verlustvorträgen abgebildeten Aufwendungen sind in einem ursächlichen Zusammenhang mit zukünftigen Gewinnerwartungen zu sehen. Die stillen Reserven einer ausländischen Betriebsstätte können zudem alternativ vor dem Beteiligungserwerb realisiert werden und auf diese Weise mit steuerlichen Verlusten der inländischen Körperschaft verrechnet werden. Auch aus europarechtlicher Perspektive erweist sich ein Ausschluss solcher stillen Reserven als problematisch¹⁷⁶.

Die Ausschüsse des Bundesrats haben in ihrem Empfehlungsschreiben zum Entwurf des Jahressteuergesetzes 2010 die Problematik erkannt und eine Alternativformulierung vorgeschlagen, in der ausschließlich auf die inländische Steuerpflicht abgestellt wird. Damit soll ebenso ausländisches Betriebsvermögen berücksichtigt werden können, sofern es der Besteuerung durch die Bundesrepublik Deutschland unterliegt. In seiner 873. Sitzung am 9. Juli 2010 hat der Bundesrat diesem Vorschlag letztendlich zugestimmt und die Prüfung einer solchen Änderung im weiteren Gesetzgebungsverfahren empfohlen¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Vgl. Wittkowski / Hielscher, DB 2010, 11, 16.

¹⁷⁵ Vgl. Scheipers/Linn, Ubg 2010, 8, 14; im Ergebnis ebenso Schneider/Roderburg, FR 2010, 58, 60.

¹⁷⁶ Vgl. Wittkowski/Hielscher, DB 2010, 8, 14; kritisch ebenso Haß/Gosmann, DB 2010, 1198, 1202; Scheunemann/Dennisen/Behrens, BB 2010, 23, 28; Scheunemann/Dennisen, BB 2009, 2564, 2565.

¹⁷⁷ Vgl. BR-Drucks. 318/10, 57 f.

d) Stille Reserven aus Beteiligungen im Sinne des § 8b Abs. 2 KStG

Ausweislich der Gesetzesbegründung¹⁷⁸ werden aufgrund der Beschränkung auf die im Falle einer Realisierung im Inland steuerpflichtigen stillen Reserven vor allem stille Reserven aus Beteiligungsbesitz bei der Berechnung des Verschonungspotentials abzuziehen sein. Die Erträge aus der Veräußerung von Anteilen sind gemäß § 8b Abs. 2 KStG nicht dem Einkommen eines Steuerpflichtigen zuzurechnen und erfüllen folglich nicht die Voraussetzung des § 8c Abs. 1 Satz 7 KStG. Jedoch existieren diesbezüglich auch Ausnahmen: Gewinne beispielsweise aus Veräußerung von Beteiligungen, die von Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstituten im Handelsbuch gehalten werden, oder andere Fälle des § 8b Abs. 7 oder Abs. 8 KStG unterliegen wiederum vollständig der inländischen Steuerpflicht. Darin ruhende stille Reserven sind somit im Zuge der Ermittlung der Verschonungshöhe zu berücksichtigen¹⁷⁹.

Bezogen auf den vollständigen Ausschluss der stillen Reserven aus Beteiligungen i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG ist jedoch ein Einwand vorzubringen: Nach § 8b Abs. 3 KStG sind bei Gewinnen i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG fünf Prozent als nicht abziehbare Betriebsausgaben zu klassifizieren. Im Ergebnis sind damit lediglich 95 Prozent der Veräußerungsgewinne aus Beteiligungen an Körperschaften von der Besteuerung befreit, die besagten fünf Prozent dagegen nicht. Folglich sollten zumindest diese für die Berechnung der qualifizierten stillen Reserven zum Zwecke der Verlustverschonung herangezogen werden dürfen¹⁸⁰.

e) Unzulässigkeit der steuerlichen Rückwirkung

Nach § 8c Abs. 1 Satz 8 KStG ist bei der Ermittlung der stillen Reserven, in deren Höhe die nicht abziehbaren nicht genutzten Verluste gemäß Satz 6 vom Untergang verschont werden können, ausschließlich jenes Betriebsvermögen zu berücksichtigen, das der zu übertragenden Körperschaft ohne steuerrechtliche Rückwirkung - vor allem ohne Anwendung des § 2 Abs. 1 UmwStG – zuzuordnen ist.

§ 2 Abs. 1 UmwStG – Steuerliche Rückwirkung

(1) ¹Das Einkommen und das Vermögen der übertragenden Körperschaft sowie der Übernehmerin sind so zu ermitteln, als ob das Vermögen der Körperschaft mit Ablauf des Stichtages der Bilanz, die dem Vermögensübergang zugrunde liegt (steuerlicher Übertragungsstichtag), ganz oder teilweise auf die Übernehmerin übergegangen wäre.

²Das Gleiche gilt für die Ermittlung der Bemessungsgrundlagen bei der Gewerbesteuer.

[...]

¹⁷⁸ Vgl. BT-Drucks. 17/15, 19.

¹⁷⁹ Vgl. Frey/Mückl, GmbHR 2010, 71, 75; Sistermann/Brinkmann, DStR 2009, 2633, 2636.

¹⁸⁰ Ebenso Bien/Wagner, BB 2009, 2627, 2631; Haßa/Gosmann, DB 2010, 1198, 1202; Scheunemann/Dennisen/Behrens, BB 2010, 23, 28; Schneider/Roderburg, FR 2010, 58, 60; Sistermann/Brinkmann, DStR 2009, 2633, 2636; zurückhaltender Eisgruber/Schaden, Ubg 2010, 73, 82.

Der Satz 8 wurde im Rahmen der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses vom 2. Dezember 2009¹⁸¹ als Ergänzung der Fassung im Gesetzesentwurf¹⁸² des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes in den § 8c Abs. 1 KStG aufgenommen. Er diene der „Verhinderung steuerlicher Gestaltungen durch rückwirkende Umwandlungen zur Berücksichtigung stiller Reserven beim schädlichen Beteiligungserwerb“¹⁸³. Damit soll sichergestellt werden, dass nur solche Wirtschaftsgüter im für die Ermittlung der stillen Reserven wesentlichen Betriebsvermögen enthalten sind, die diesem auch zum Zeitpunkt des schädlichen Beteiligungserwerbs tatsächlich zuzurechnen sind. Vermieden werden soll folglich der Einfluss bilanzieller Zuordnungen von Betriebsvermögen – beispielsweise durch Umwandlungen – auf das Verschonungspotential¹⁸⁴.

Wäre diese Regelung nicht eingeführt worden, so könnte durch eine nachträgliche Gestaltung die Höhe der Verlustverschonung durch die „Stille Reserve-Escape“-Klausel zum Vorteil des übernehmenden Rechtsträgers verändert werden: Eine Zielgesellschaft, die zugleich eine mit stillen Reserven behaftete Beteiligung an einer Tochtergesellschaft hält, ist Gegenstand eines schädlichen Beteiligungserwerbs. Durch die Steuerbefreiung von Gewinnen aus einer Veräußerung der Anteile an der Tochtergesellschaft nach § 8b Abs. 2 KStG sind die stillen Reserven aus der Beteiligung bei der Ermittlung der Verschonungshöhe auszuschließen¹⁸⁵. Nun könnte ohne Satz 8 der übernehmende Rechtsträger eine Verschmelzung der Tochtergesellschaft auf die Zielgesellschaft veranlassen, wobei der Zeitpunkt der Verschmelzung mit steuerlicher Rückwirkung vor den schädlichen Beteiligungserwerb gesetzt wird. Auf diese Weise würden nun in der Bilanz der Zielgesellschaft steuerbefreite stille Reserven in Form der Beteiligung durch steuerpflichtige stille Reserven ersetzt werden. Diese ruhen in den Wirtschaftsgütern, die zuvor im Besitz der Tochtergesellschaft waren und nun dem Betriebsvermögen der Zielgesellschaft zugerechnet werden. Das Verschonungspotential würde folglich erhöht werden¹⁸⁶.

Eine in der Praxis mögliche gesetzeskonforme Gestaltung ist dagegen eine Zuführung stiller Reserven vor dem schädlichen Beteiligungserwerb. Ist eine Anteilsübertragung im schädlichen Umfang bereits im Voraus geplant, so könnte die Tochtergesellschaft bereits vorher auf die Zielgesellschaft verschmolzen werden, um so die für Zwecke des § 8c Abs. 1 Satz 6 KStG die Höhe der stillen Reserven zu erhöhen. Sowohl bei konzerninternen Übertragungen als auch beim Erwerb durch Dritte ist dies in Hinsicht auf den Verlusterhalt ein sinnvolles steuerplanerisches Instrument¹⁸⁷.

¹⁸¹ Vgl. BT-Drucks. 17/138, 6.

¹⁸² Vgl. BT-Drucks. 17/15, 6.

¹⁸³ Vgl. BT-Drucks. 17/138, 2.

¹⁸⁴ Vgl. BT-Drucks. 17/147, 9.

¹⁸⁵ Vgl. dazu oben Kap. C.II.2.d).

¹⁸⁶ Vgl. *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 14.

¹⁸⁷ Vgl. *Neyer*, BB 2010, 1055, 1058 f.

f) Erwerb von mehrstufigen Beteiligungen

Werden Anteile an einer Konzernobergesellschaft mit einer mehrstufigen Beteiligungsstruktur übertragen, kann dieser Vorgang auf Ebene jeder einzelnen nachgeordneten Gesellschaft des Konzerns – sofern nicht genutzte Verluste vorhanden sind – einen mittelbaren schädlichen Beteiligungserwerb i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 bzw. 2 KStG auslösen. Dies kann mithin für die nachgeordneten Gesellschaften den Untergang ihrer nicht genutzten Verluste bedeuten. In der Gesetzesbegründung ist für die in einem solchen Fall erforderliche mehrstufige Ermittlung der stillen Reserven eine Einschränkung zu finden, die nicht im Gesetzeswortlaut zu finden ist: Die Summe der in den untergeordneten Unternehmen ermittelten stillen Reserven dürfe demnach die im Kaufpreis bzw. im Unternehmenswert der erworbenen Gesellschaft enthaltenen stillen Reserven nicht übersteigen¹⁸⁸. Darüber hinausgehende stille Reserven der untergeordneten Gesellschaften können folglich für die Berechnung der Verschonungshöhe nicht berücksichtigt werden¹⁸⁹. Verfügt eine erworbene Konzernobergesellschaft – beispielsweise eine Holdinggesellschaft – dagegen über keine stillen Reserven, während ihre Tochtergesellschaften sowohl eigene stillen Reserven als auch Verlustvorträge aufweisen, so gehen letztere der Gesetzesbegründung zufolge vollständig unter, ohne dass sie in Höhe der eigenen stillen Reserven verschont werden können¹⁹⁰.

Dies ist weder mit dem Wortlaut, noch mit dem Sinn und Zweck¹⁹¹ der „Stille Reserve-Escape“-Klausel zu vereinbaren, denn § 8c Abs. 1 Satz 6 KStG nach sollen Körperschaften nicht abziehbare nicht genutzte Verluste vom Untergang verschonen können, insoweit sie selbst über stille Reserven verfügen. Würde dagegen eine der Tochtergesellschaften isoliert für sich erworben werden, so könnten wiederum die Verluste in Höhe ihrer stillen Reserven verschont werden – einem solch unterschiedlichen Ergebnis fehlt die sachliche Begründung¹⁹². Überdies ist Satz 1 und 2 entsprechend die Schädlichkeit eines Beteiligungserwerbs – und somit der Verlustuntergang – auf der Ebene einer jeden Gesellschaft zu bewerten. Demzufolge sollte auch die Ermittlung der stillen Reserven im Rahmen der Verschonungsregelung jeweils auf Ebene der untergeordneten Gesellschaften erfolgen¹⁹³, denn im Gesetzeswortlaut selbst ist keine gegenteilige Regelung zu finden. Eine entsprechende Anweisung durch die Finanzverwaltung wäre dennoch wünschenswert. Ansonsten würden insbesondere beim Erwerb eines ausländischen Unternehmens mit deutschen Tochtergesellschaften, die wiederum Verlustvorträge aufweisen, Anwendungsprobleme entstehen¹⁹⁴.

¹⁸⁸ Vgl. BT-Drucks. 17/15, 19.

¹⁸⁹ Vgl. dazu mit ausführlichem Rechenbeispiel *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11, 17.

¹⁹⁰ Vgl. dazu mit Zahlenbeispiel *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 15.

¹⁹¹ Vgl. dazu oben Kap. C.I.

¹⁹² So auch *Haßa/Gosmann*, DB 2010, 1198, 1204.

¹⁹³ Ebenso *Haßa/Gosmann*, DB 2010, 1198, 1204; *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 15; *Schneider/Roderburg*, FR 2010, 58, 61; *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633, 2636; vgl. ferner *Eisgruber/Schaden*, Ubg, 73, 83, die den Erwerb eines Konzerns diskutieren, der insgesamt über steuerpflichtige stille Reserven verfügt, die die Verlustvorträge sämtlicher Konzerngesellschaften übersteigen, wobei allerdings nicht alle Verlustgesellschaften separat für sich betrachtet über hinreichend stille Reserven verfügen.

¹⁹⁴ Vgl. dazu *Haßa/Gosmann*, DB 2010, 1198, 1204; *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 15.

Nachfolgend wird die Problematik des Erwerbs von mehrstufigen Beteiligungen in Form von Organschaften und Gesellschaften mit nachgeordneten Personengesellschaften untersucht.

aa) Organschaften

Aufgrund der Freistellung von Erträgen aus Beteiligungen an Körperschaften und Veräußerung dieser Beteiligungen nach § 8b KStG sind mit steuerlichen Organschaften i.S.d. § 14 KStG kombinierte Holdingstrukturen überaus häufig vorzufinden¹⁹⁵. Zu diskutieren ist daher der Erwerb einer solchen Organschaft und die damit verbundene Behandlung der stillen Reserven der Organgesellschaft für Zwecke der „Stille Reserven-Escape“-Klausel.

Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG ist das Einkommen – sowohl positives als auch negatives – einer Organgesellschaft durch den Gewinnabführungsvertrag i.S.d. § 291 Abs. 1 AktG dem Organträger zuzurechnen. Folglich erhöhen sämtliche Gewinne der Organgesellschaft das Einkommen des Organträgers, während ihre Verluste es vermindern. Die Abzugsfähigkeit letzterer ist bei einer Übertragung von Anteilen am Organträger davon abhängig, ob dabei ein schädlicher Beteiligungserwerb i.S.d. § 8c Abs. 1 bzw. 2 KStG vorliegt. Nun stellt sich die Frage, inwiefern die stillen Reserven der Organgesellschaft für die Ermittlung der Verschonungshöhe der „Stille Reserven-Escape“-Klausel berücksichtigt werden können.

Diese sind auf zwei Ebenen innerhalb der Organschaft wiederzufinden: Zum einen wirken sie sich auf den Unternehmenswert der Organgesellschaft aus und erhöhen durch Realisation deren Einkommen, das letztendlich durch den Gewinnabführungsvertrag dem Organträger zugerechnet wird. Zum anderen liegen sie auf Ebene des Organträgers im gemeinen Wert der Anteile an der Organgesellschaft. Werden die stillen Reserven durch Veräußerung der Anteile realisiert, so haben sie nach § 8b Abs. 2 KStG keine Auswirkung auf das Einkommen des Organträgers¹⁹⁶. Dadurch sind sie im Inland nicht steuerpflichtig und infolgedessen gemäß § 8c Abs. 1 Satz 7 KStG nicht bei der Ermittlung der Verschonungshöhe mit einzubeziehen. Vor allem bei einer reinen Holdinggesellschaft als Organträger, die neben ihren Beteiligungen keine wesentlichen Wirtschaftsgüter und damit stille Reserven besitzt, ergibt sich diese Problematik¹⁹⁷. Dies ist meines Erachtens nicht mit dem Sinn und Zweck der „Stille Reserve-Escape“-Klausel vereinbar und führt zu einer Benachteiligung von Organschaften. Denn die in den nicht genutzten Verlusten abgebildeten Aufwendungen der Organgesellschaft sind ursächlich für die stillen Reserven, während die nicht genutzten Verluste selbst vollständig dem Organträger anhaften¹⁹⁸. Insbesondere ist anzuführen, dass durch eine Realisation vor dem Beteiligungserwerb die Nutzung der stillen Reserven für eine Verrechnung mit dem Einkommen bzw. den Verlusten der Organgesellschaft und folglich des Organträgers

¹⁹⁵ Vgl. *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 15.

¹⁹⁶ Vgl. *Orth*, Ubg 2010, 169, 177.

¹⁹⁷ Vgl. *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 15.

¹⁹⁸ Vgl. *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 76.

möglich gewesen wäre¹⁹⁹. Mithin sollten die stillen Reserven einer Organgesellschaft für Zwecke der Verschonungsregelung berücksichtigt werden²⁰⁰. Dies deckt sich zudem mit der Auffassung der Finanzverwaltung bezüglich des Betriebsvermögenstests in der Vorgängerregelung zum Mantelkauf § 8 Abs. 4 KStG a.F.²⁰¹. Ansonsten würden beim Erwerb einer Holdinggesellschaft als Organträger, die selbst über keine steuerpflichtigen stillen Reserven verfügt, grundsätzlich sämtliche nicht genutzten Verluste ihrer Organgesellschaften nicht mehr abziehbar sein. Auch bei einer Beteiligung von weniger als 100 Prozent an der Organgesellschaft sollte der gesamte Umfang der stillen Reserven herangezogen werden dürfen, da trotzdem sämtliche Verluste dem Organträger zugerechnet werden²⁰². Allerdings müsste in diesem Zusammenhang festgelegt werden, inwiefern und in welcher Frist eine Auflösung der Organschaft oder eine steuerfreie Veräußerung der Anteile an der Organgesellschaft nach dem Beteiligungserwerb eine rückwirkende Unzulässigkeit der Berücksichtigung der stillen Reserven der Organgesellschaft verursacht²⁰³.

Als Gestaltungsmaßnahme gegen die Benachteiligung der Organschaft wäre es sinnvoll, die Organgesellschaft vor dem Beteiligungserwerb auf den Organträger zu verschmelzen, um damit ihre stillen Reserven zu verlagern und somit für Zwecke der „Stille Reserve-Escape“-Klausel nutzbar zu machen. Zu beachten ist dabei lediglich, dass vororganschaftliche Verluste, die bis dahin nach § 15 Satz 1 Nr. 1 KStG nicht dem Einkommen des Organträgers zugerechnet werden konnten, durch § 12 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG im Rahmen der Verschmelzung untergehen²⁰⁴.

bb) Nachgeordnete Personengesellschaften

Für den Erwerb einer Körperschaft, die an einer Personengesellschaft beteiligt ist, sollten die für Organschaften getroffene Auffassung übernommen werden. Die Beteiligung an sich wird nicht als eigenes ertragsteuerliches Wirtschaftsgut gewertet²⁰⁵. Durch das Transparenzprinzip werden das Betriebsvermögen und somit auch die Verluste der nachgeordneten Personengesellschaft jeweils anteilig ihren Gesellschaftern – in diesem Fall unter anderem der Körperschaft – zugerechnet. Folglich sollten auch hier ihre stillen Reserven für die Ermittlung der

¹⁹⁹ Vgl. *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73, 84.

²⁰⁰ Im Ergebnis ebenso *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627, 2631; *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73, 84; *Fey/Neyer*, StuB 2010, 47, 53 f.; *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 76; *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 15; *Scheunemann/Dennisen/Behrens*, BB 2010, 23, 28 f.; *Schneider/Roderburg*, FR 2010, 58, 61; *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633, 2636; *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11, 18.

²⁰¹ Vgl. dazu BMF-Schreiben vom 16.04.1999 – IV C 6 – S 2745 – 12/99, BStBl. I 1999, 455, Rdnr. 9 (GmbHR 1999, 497); *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 76; *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633, 2636.

²⁰² Vgl. *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 76.

²⁰³ Vgl. dazu *Orth*, Ubg 2010, 169, 177 f.

²⁰⁴ Vgl. *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8, 15; *Schneider/Roderburg*, FR 2010, 58, 61.

²⁰⁵ Vgl. *Scheunemann/Dennisen/Behrens*, BB 2010, 23, 29.

Verschonungshöhe unter Beachtung des Zwecks der „Stille Reserve-Escape“-Klausel²⁰⁶ berücksichtigt werden dürfen²⁰⁷.

Da jedoch bei der erworbenen Körperschaft lediglich eine anteilige Zurechnung der Verluste entsprechend des Umfangs der Beteiligung an der Personengesellschaft vorgenommen wird, sollte – analog zur Logik der Begründung für die Zurechnung sämtlicher stiller Reserven der Organgesellschaften bei Organschaften – nur eine anteilige Berücksichtigung der stillen Reserven bei der Ermittlung der Verschonungshöhe erfolgen²⁰⁸. Auch dies korrespondiert mit der Auffassung der Finanzverwaltung bezüglich der Betriebsvermögenszuführung bei § 8c Abs. 4 KStG²⁰⁹.

g) Verschonungsreihenfolge bei verschiedenen Verlustarten

Nach § 8c Abs. 1 Satz 6 KStG kann ein nicht abziehbarer nicht genutzter Verlust im Falle eines schädlichen Beteiligungserwerbs in Höhe der stillen Reserven des inländischen Betriebsvermögens trotz Satz 1 und Satz 2 abgezogen werden. Verluste zum Zwecke des § 8c KStG können der Finanzverwaltung zufolge solche nach §§ 2a, 10d, 15 Abs. 4, 15a sowie 15b EStG sein²¹⁰. Allerdings ist weder im Gesetzeswortlaut noch in der Gesetzesbegründung ein Hinweis darauf zu finden, in welcher Reihenfolge welche Verlustarten verschont werden sollen. Unklar ist daher, ob laufende Verluste oder Verlustvorträge vorrangig der Anwendung der Verschonungsregelung unterliegen. Mangels Vorgaben sollte dem Steuerpflichtigen folglich ein Wahlrecht eingeräumt werden, welche nicht abziehbaren nicht genutzten Verluste nach Satz 1 bzw. 2 untergehen und welche wiederum durch die „Stille Reserve-Escape“-Klausel verschont werden sollen²¹¹. Lediglich bezüglich der Priorität von Verlustvorträgen gegenüber Zinsvorträgen ist bemerkenswerterweise in § 8a Abs. 1 Satz 3 KStG eine Regelung zu finden: Demnach bleiben letztere bei einem schädlichen Beteiligungserwerb nur insoweit erhalten, als der Verschonungsbetrag in Form von stillen Reserven i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 7 KStG die nicht genutzten Verluste übersteigt.

²⁰⁶ Vgl. oben Kap. C.II.2.f)aa) für die ausführliche Begründung vor dem Hintergrund des Sinn und Zwecks der Verschonungsregelung.

²⁰⁷ So auch *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 77; *Scheunemann/Dennisen/Behrens*, BB 2010, 23, 29. Erstere führen ergänzend an, dass dagegen für Zwecke der gewerbesteuerlichen nicht genutzten Verluste die stillen Reserven der Personengesellschaft nur bei dieser selbst und nicht bei der Obergesellschaft zu berücksichtigen seien. Die nicht genutzten Verluste und damit auch die in diesen abgebildeten Aufwendungen seien gewerbesteuerlich nur auf Ebene der Personengesellschaft angefallen, nicht bei der Obergesellschaft.

²⁰⁸ Ebenso *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 77; *Scheunemann/Dennisen/Behrens*, BB 2010, 23, 29.

²⁰⁹ Vgl. *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 77; BMF-Schreiben vom 16.04.1999 – IV C 6 – S 2745 – 12/99, BStBl. I 1999, 455, Rdnr. 9 (GmbHR 1999, 497).

²¹⁰ Vgl. BMF-Schreiben vom 04.07.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, DStR 2008, 1436, Rdnr. 2.

²¹¹ Vgl. *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71, 77; *Schneider/Roderburg*, FR 2010, 58, 62.

III. Folgerungen für die Fallbeispiele

Die in den vorangegangenen Kapiteln getroffenen Auslegungen und gewonnenen Ergebnisse finden hier nun Anwendung. Dazu werden nochmals jene Fallbeispiele herangezogen, die zur Erläuterung der Funktionsweise von § 8c Abs. 1 Satz 1 bis 4 KStG entwickelt wurden. An ihnen werden die Auswirkungen der Einführung von Konzernklausel und „Stille Reserven-Escape“-Klausel demonstriert, wobei auf eine nochmalige detaillierte Beschreibung und Abbildung der Fallbeispiele verzichtet wird²¹². Lediglich Erweiterungen bzw. Modifikationen dieser sowie neu eingeführte Fallbeispiele werden ausführlich dargestellt.

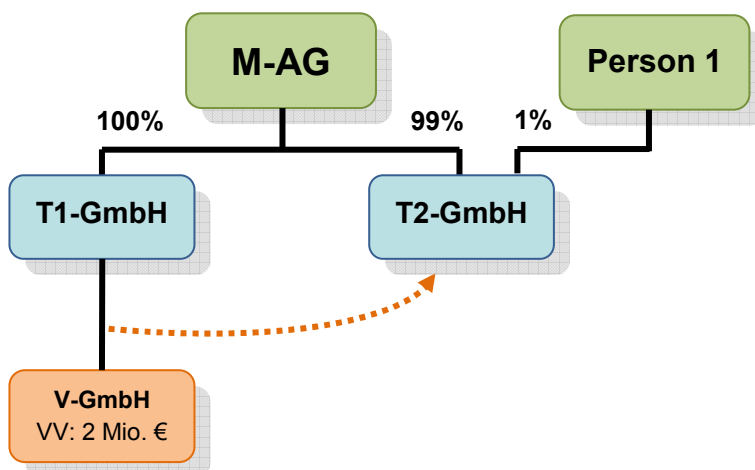
Beispiel 1: Unmittelbare Anteilsübertragung

Lösung: Das Umhängen der V-GmbH von T1-GmbH zu T2-GmbH löst in diesem Fall keinen schädlichen Beteiligungserwerb aus. Die M-AG ist an übertragendem Rechtsträger (T1-GmbH) und übernehmenden Rechtsträger (T2-GmbH) zu jeweils 100 Prozent beteiligt. Die Verlustvorträge in Höhe von 2 Mio. Euro gehen nicht unter.

Variante A: Konzernspitze ist nun anstatt der M-AG die Personengesellschaft M-OHG.

Lösung: Infolge der maßgeblichen zivilrechtlichen Sichtweise und entgegen des einkommensteuerlichen Transparenzprinzips sind die Anteile an der T1-GmbH und der T2-GmbH der M-OHG selbst zuzurechnen, nicht ihren Gesellschaftern. Die Konzernklausel greift und die Verlustvorträge bleiben vom Untergang verschont.

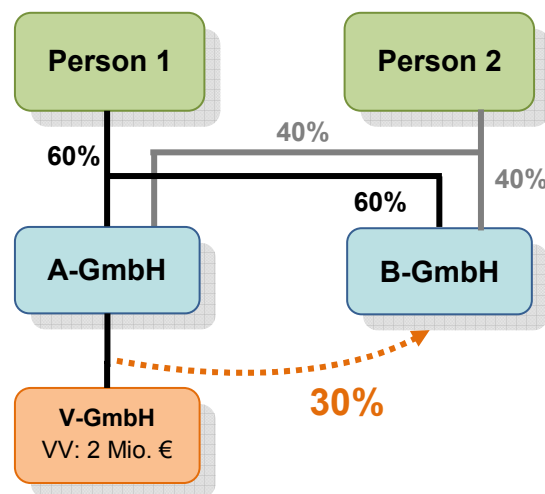
Variante B: Konzernspitze ist in diesem Fall wieder die M-AG, die aber nur 99 Prozent der Anteile an der T2-GmbH hält, die übrigen 1 Prozent sind im Besitz der T2-GmbH.



²¹² Die detaillierten Erläuterungen und Abbildungen zu den hier zugrunde gelegten Ausgangsbeispielen finden sich oben in Kap. B.V.

Lösung: Die geringfügige Beteiligung des konzernfremden Dritten (Person 1) am Übernehmer (T2-GmbH) verhindert eine Anwendung der Konzernklausel²¹³.

Variante C: Übertragender Rechtsträger ist nun die T1-OHG und übernehmender Rechtsträger die T2-OHG. An beiden sind quotenidentisch nur die Gesellschafter Person 1 und Person 2 beteiligt. Der Kaufpreis für die Anteile an der V-GmbH, die über Eigenkapital in Höhe von 1 Mio. Euro verfügt, beträgt 1,5 Mio. Euro. Stille Reserven i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG sind nicht vorhanden.



Lösung: Sowohl die T1-OHG als auch die T2-OHG sind Personengesellschaften, die mindestens zwei Gesellschafter haben müssen. In diesem Fall sind dies Person 1 und Person 2. Diese können meines Erachtens dem Gesetzeswortlaut zufolge nicht als dieselbe (einzelne) Person gesehen werden²¹⁴. Folglich ist keine Anwendung der Konzernklausel trotz quotaler Beteiligungsidentität²¹⁵ möglich, auch wenn dafür – vor allem da keine Verluste verschoben werden – kein sachlicher Grund ersichtlich ist.

Allerdings können durch die „Stille Reserven-Escape“-Klausel die nicht genutzten Verluste in Höhe der im Inland steuerpflichtigen (anteiligen) stillen Reserven trotz § 8c Abs. 1 Satz 1 bzw. 2 KStG abgezogen werden:

Gemeiner Wert der erworbenen Anteile: 1,5 Mio. Euro (Kaufpreis)

– *anteiliges Eigenkapital:* $30\% \times 1 \text{ Mio. Euro} = 0,3 \text{ Mio. Euro}$

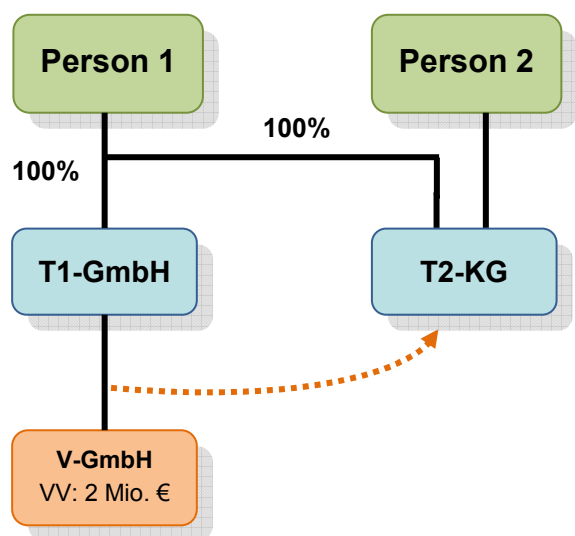
= *stille Reserven i.S.d. Satz 6 bzw. Verschonungshöhe:* 1,2 Mio. Euro

²¹³ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.e)aa).

²¹⁴ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.b).

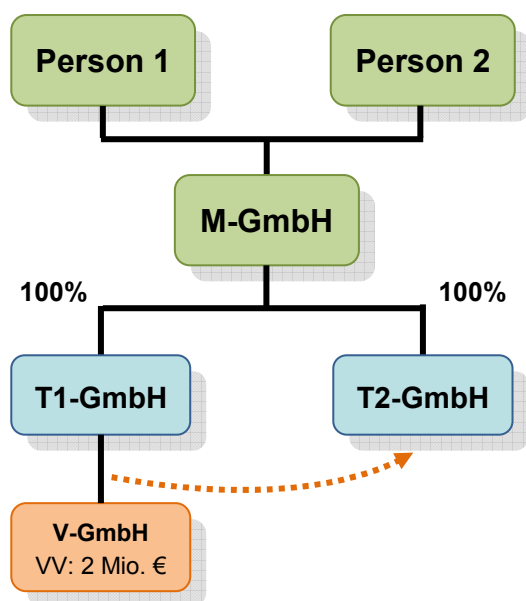
²¹⁵ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.e)bb).

Variante D: Übertragend ist in dieser Variante ist die T1-GmbH, übernehmend die T2-KG. Person 1 hält sämtliche Anteile an der T1-GmbH und ist zugleich Kommanditist der T2-KG mit einer vermögensmäßigen Beteiligung von 100 Prozent. Komplementär dieser Kommanditgesellschaft mit rein unternehmerischer Beteiligung ist die Person 2.



Lösung: Zur Überprüfung der Anwendbarkeit der Konzernklausel ist hier auf die vermögensmäßige Beteiligung abzustellen²¹⁶. Dementsprechend ist Person 1 als dieselbe Person zu 100 Prozent an Übernehmer (T1-GmbH) und Übertrager (T2-GmbH) i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG beteiligt. Die Verlustvorträge bleiben erhalten.

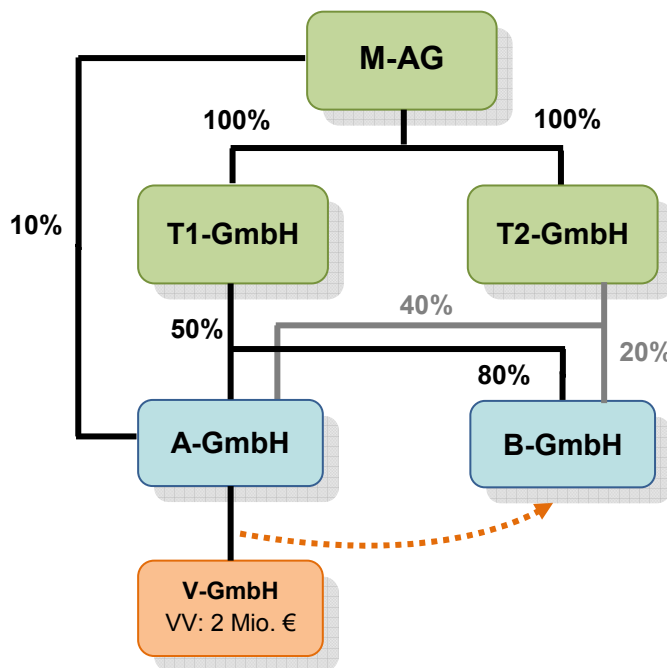
Variante E: Person 1 und Person 2 sind die Gesellschafter der M-GmbH, die zu jeweils 100 Prozent an der T1-GmbH und der T2-GmbH beteiligt ist. Die Anteile an der V-GmbH werden von der T1-GmbH auf die T2-GmbH übertragen.



²¹⁶ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.c).

Lösung: In dieser Variante ist zu klären, ob die M-GmbH als dieselbe Person zum Zwecke der Konzernklausel sein kann. Folgt man dem Wortlaut der Gesetzesbegründung, so müsste dieselbe Person an der Spitze des Konzerns stehen. Dieser Sichtweise ist nicht zu folgen²¹⁷, eine Teilkonzernbetrachtung ist durchzuführen. Infolgedessen ist die Konzernklausel hier erfüllt, die Verlustvorträge gehen durch die Anteilsübertragung nicht unter.

Variante F: In folgender Konstellation wird die V-GmbH innerhalb des Konzerns von der A-GmbH auf die B-GmbH umgehängt.



Lösung: Die M-AG ist als dieselbe Person jeweils durchgerechnet und mangels Additionsverbot zu 100 Prozent an dem übertragenden Rechtsträger (A-GmbH) und dem übernehmenden Rechtsträger (B-GmbH) beteiligt²¹⁸. Der Wortlaut der Konzernklausel ist damit erfüllt und ein schädlicher Beteiligungserwerb zu verneinen.

Beispiel 2: Mittelbare Anteilsübertragung

Lösung: In diesem Fallbeispiel greift trotz einer mittelbaren Anteilsübertragung wie auch im Beispiel 1 die Konzernklausel: Die T1-GmbH überträgt ihre Beteiligung an der Z-GmbH, die die Anteile an der V-GmbH vermittelt, an die übernehmende T2-GmbH. An beiden in der Übertragung involvierten Rechtsträgern ist die M-AG zu jeweils zu 100 Prozent unmittelbar beteiligt. Es liegt folglich unbeachtlich des Umfangs kein schädlicher Beteiligungserwerb vor.

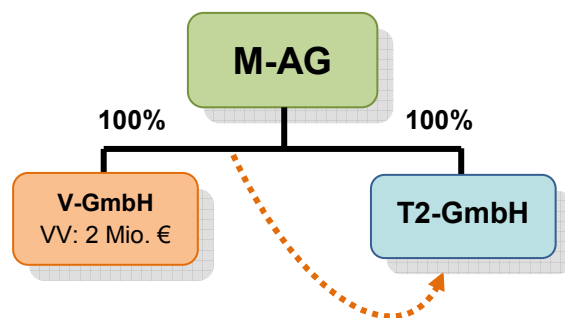
²¹⁷ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.b).

²¹⁸ Siehe dazu für eine ausführliche Erläuterung und Rechnung oben Kap. C.II.1.e)cc).

Beispiel 3: Verlängerung der Beteiligungskette

Lösung: Die direkte Beteiligung der Konzernspitze M-AG an der Übertragung als übertragender Rechtsträger schließt eine Anwendung der Konzernklausel aus²¹⁹. Die M-AG ist im Streubesitz – ihre zahlreichen Anteilseigner sind gemäß der in dieser Arbeit getroffenen Auslegung nicht als dieselbe (einzelne) Person zulässig²²⁰, auch wenn sie zu jeweils 100 Prozent unmittelbar bzw. mittelbar an der übertragenden M-AG und der übernehmenden T2-GmbH beteiligt sind. Lediglich durch eventuell vorhandene stille Reserven bei der V-GmbH könnten die Verlustvorträge vom Untergang (anteilig) verschont werden.

Variante A: Nachfolgend ist ausgehend von der ursprünglichen Struktur ein zweistufiger Aufbau ohne die T1-GmbH zu untersuchen. Die V-GmbH wird auf die T-GmbH übertragen. Beides sind 100-prozentige Töchter der M-AG.



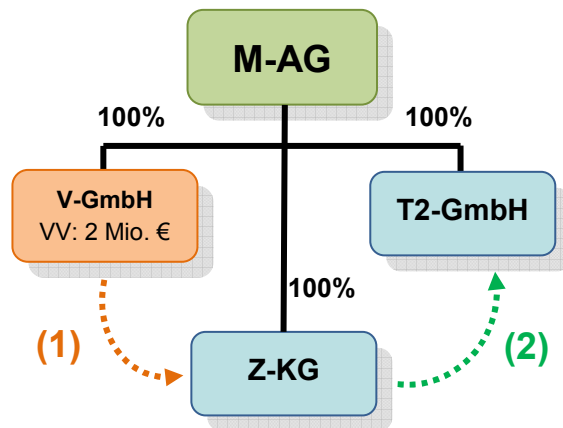
Lösung: Ein schädlicher Beteiligungserwerb kann auch hier nicht durch die Konzernklausel verhindert werden. Ursächlich dafür ist wie im Ausgangsbeispiel die unmittelbare Beteiligung der Konzernspitze M-AG an der Übertragung als übertragender Rechtsträger. Dementsprechend können die Anteilseigner nicht dieselbe Person mit einer 100-Prozent-Beteiligung im Sinne der Konzernklausel sein.

Gestaltungsmöglichkeit zu Variante A

Ein Zwischenerwerb durch eine vermögensverwaltende Personengesellschaft kann die Schädlichkeit verhindern. Die nicht gewerblich geprägte Z-KG ist im vermögensmäßigen Alleinbesitz der M-AG, die zudem zur Geschäftsführung befugt ist.

²¹⁹ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.d)aa).

²²⁰ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.b).



Bei der Übertragung (1) der V-GmbH auf die Z-KG findet kein schädlicher Beteiligungserwerb statt, da die Anteile durch das Transparenzprinzip sowie § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO wieder der M-AG zugerechnet werden und ihren Besitzer damit nicht gewechselt haben – der Erwerber ist identisch mit dem Übertragenden. Der Wortlaut des Satzes 1 bzw. 2 ist daher nicht erfüllt²²¹. Beim darauffolgenden Übertragungsvorgang (2) auf die T2-GmbH greift schließlich die Konzernklausel: Die M-AG ist zu 100 Prozent (vermögensmäßig) an der übertragenden Z-KG²²² und übernehmenden T2-GmbH beteiligt.

Beispiel 4: Seitwärtsverschmelzung

Lösung: Bei der Seitwärtsverschmelzung von T1-GmbH auf T2-GmbH ist der Sachverhalt anders als in Beispiel 3 zu beurteilen: Übertragender Rechtsträger ist hier nicht die M-AG, sondern die zu verschmelzende T1-GmbH. Im Rahmen der Verschmelzung erlischt diese, wodurch keine Anteile an ihr übertragen werden können. Stattdessen ist auf die Bewegung der Anteile an der V-GmbH abzustellen. Diese werden von der T1-GmbH auf die T2-GmbH übertragen, wodurch letztere als übernehmend anzusehen ist²²³. Beide sind im Alleinbesitz der M-AG, daher ist die Konzernklausel anzuwenden.

Beispiel 5: Verkürzung der Beteiligungskette durch Aufwärtsverschmelzung

Variante A

Lösung: Durch die Verschmelzung wird die unmittelbare Beteiligung an der V-GmbH von der T2-GmbH auf die übernehmende T1-GmbH übertragen. Dieser Vorgang ist von der Konzernklausel begünstigt, da an beiden die M-AG zu 100 Prozent beteiligt ist²²⁴.

²²¹ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.d)cc).

²²² Zum Abstellen auf die vermögensmäßige 100-Beteiligung siehe oben Kap. C.II.1.c).

²²³ Vgl. Franz, BB 2010, 991, 993.

²²⁴ Vgl. oben Kap. C.II.1.f)aa).

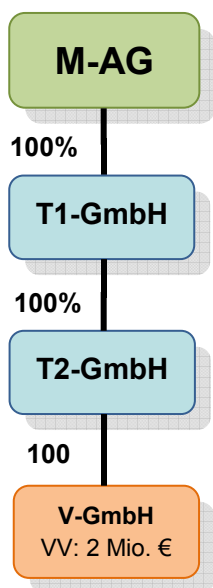
Variante B

Lösung: Mit einer Verschmelzung der T1-GmbH auf die M-AG übernimmt letztere die mittelbare Beteiligung an der V-GmbH. Da jegliche Übertragung, in der die von mindestens zwei Anteilseignern gehaltene Konzernspitze involviert ist, die Anwendung der Konzernklausel ausschließt²²⁵, gehen die Verlustvorträge der V-GmbH vorbehaltlich der „Stille Reserven-Escape“-Klausel vollständig unter.

Beispiel 6: Verkürzung der Beteiligungskette durch Abwärtsverschmelzung

Lösung: Die T1-GmbH übernimmt die direkte Beteiligung an der V-GmbH, die ihr durch die Abwärtsverschmelzung von T2-GmbH auf V-GmbH durch erstere übertragen wird. Die M-AG ist an beiden involvierten Rechtsträgern zu 100 Prozent beteiligt. Der Wortlaut der Konzernklausel ist erfüllt, daher liegt kein schädlicher Beteiligungserwerb vor.

Variante A: In diesem Fall wird die T1-GmbH auf die T2-GmbH abwärts verschmolzen.



Lösung: Die T1-GmbH überträgt im Zuge der Verschmelzung ihr Vermögen auf die T2-GmbH. Ihre mittelbare Beteiligung an der V-GmbH, auf die abzustellen ist, fällt jedoch der M-AG zu. Diese ist demnach als übernehmender Rechtsträger zu identifizieren. Die T2-GmbH selbst hält nach wie vor die unmittelbare Beteiligung an der V-GmbH, für sie ändert sich dahingehend nichts. Unter der Annahme, dass die M-AG im Streubesitz ist, können ihre Anteilseigner nicht dieselbe Person zum Zwecke der Konzernklausel sein. Die Verlustvorträge sind nicht mehr abziehbar, auch wenn sich letztendlich die gleiche Beteiligungsstruktur wie in Variante A des Beispiels 5 ergibt, bei der die Konzernklausel greifen konnte²²⁶.

Beispiel 7: Zeitlich gestreckte Anteilsübertragung

Lösung: Durch die Konzernklausel wird der gestreckte Erwerb von Anteilen an der V-GmbH von der Schädlichkeit i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 bzw. 2 KStG ausgenommen, denn an den übernehmenden Rechtsträgern ist die M-AG wie auch am Überträger T1-GmbH zu 100 Prozent beteiligt.

²²⁵ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.d)aa).

²²⁶ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.f)bb).

Variante A: Es findet basierend auf den Ausgangsfall in Jahr 4 ein weiterer Erwerb von 20 Prozentpunkten der Beteiligung an der V-GmbH durch die T3-GmbH statt. Bis zum Zeitpunkt der Übertragung hat die V-GmbH im Jahr 4 wieder nicht genutzte Verluste in Höhe von 1 Mio. Euro angehäuft.

Lösung: Unter der hier in der Arbeit getroffenen Sichtweise liegt kein neuer schädlicher Beteiligungserwerb in Jahr 4 vor. Die Anteilsübertragungen der vorigen drei Jahre, die addiert zwar zunächst zu einer Schädlichkeit i.S.d. Satz 2 geführt hätten, sind von der Konzernklausel begünstigt worden. Sie sind daher nicht als „Zählerwerke“ für einen neuen schädlichen Beteiligungserwerb der Transaktion in Jahr 4 hinzuzurechnen²²⁷. Diese ist für sich isoliert betrachtet aufgrund ihres geringen Umfangs nicht schädlich.

Variante B: In der vorliegenden Konzernstruktur, aber ohne die Erwerbsvorgänge des Ausgangsfalls, ist an der Verlustgesellschaft zusätzlich die konzernfremde D-GmbH an der Verlustgesellschaft zu 20 Prozent beteiligt. Im Jahr 1 werden nun 35 Prozent der Anteile an der V-GmbH von der T1-GmbH auf den Erwerberkreis übertragen. Im darauffolgenden Jahr 2 erwirbt der Erwerberkreis die gesamte Beteiligung der D-GmbH an der V-GmbH in Höhe von 20 Prozentpunkten.

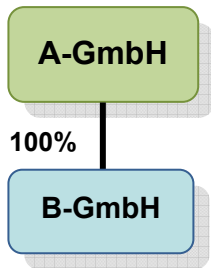
Lösung: Die erste Anteilsübertragung wird durch die Konzernklausel von der Schädlichkeit i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG ausgenommen, denn an der T1-GmbH und dem Erwerberkreis ist die M-AG zu jeweils 100 Prozent beteiligt. Durch die Begünstigung durch die Konzernklausel ist die Übertragung im Jahr 1 meines Erachtens nun zukünftig unbeachtlich für Zwecke des § 8c KStG. Sie ist nicht dem Erwerb im Jahr 2 hinzuzurechnen – ansonsten würde insgesamt ein schädlicher Beteiligungserwerb nach Satz 2 vorliegen. Die zweite Transaktion ist mithin für sich isoliert zu betrachten und dem Umfang nach ebenso nicht als schädlicher Beteiligungserwerb zu identifizieren.

Beispiel 8: Erwerb von mehrstufigen Beteiligungen

Um die Auswirkungen der „Stille Reserven-Escape“-Klausel auf einen Erwerb von mehrstufigen Beteiligungen aufzuzeigen, wird an dieser Stelle ein weiteres Fallbeispiel eingeführt. Im Folgenden wird angenommen, dass eine Begünstigung durch die Konzernklausel nicht möglich ist.

Übertragen wird die gesamte Beteiligung an der Holding A-GmbH, die sämtliche Anteile an ihrer Tochter B-GmbH hält. Folgende Daten liegen zum Übergangsstichtag vor:

²²⁷ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.g).



	A-GmbH	B-GmbH
<i>Kaufpreis:</i>	2 Mio. Euro	–
<i>Eigenkapital:</i>	1,5 Mio. Euro	0,25 Mio. Euro
<i>Verlustvortrag:</i>	2 Mio. Euro	0,75 Mio. Euro
<i>Beteiligung an B-GmbH: (gemeiner Wert)</i>	0,5 Mio. Euro (1 Mio. Euro)	–

Lösung:

- **A-GmbH**

Gemeiner Wert der Anteile: 2 Mio. Euro (Kaufpreis)

– *gesamtes Eigenkapital:* 1,5 Mio. Euro

= *im Kaufpreis enthaltene stille Reserven:* 0,5 Mio. Euro

– *Veräußerungsgewinn aus Beteiligungen (§ 8b KStG):* 0,5 Mio. Euro

= *stille Reserven i.S.d. Satz 6 bzw. Verschonungshöhe:* 0 Mio. Euro

Auf Ebene der A-GmbH können somit die Verlustvorträge nicht von der Rechtsfolge des § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG – dem vollständigen Untergang – verschont werden.

- **B-GmbH**

Gemeiner Wert der Anteile: 1 Mio. Euro

– *gesamtes Eigenkapital:* 0,25 Mio. Euro

= *im Kaufpreis enthaltene stille Reserven:* 0,75 Mio. Euro

– *Veräußerungsgewinn aus Beteiligung (§ 8b KStG):* nicht vorhanden

= *stille Reserven i.S.d. Satz 6 bzw. Verschonungshöhe:* 0,75 Mio. Euro

Die Summe der in den untergeordneten Unternehmen enthaltenen stillen Reserven beträgt 0,75 Mio. Euro und übersteigt die im Kaufpreis der A-GmbH enthaltenen stillen Reserven um 0,25 Mio. Euro. Dieser Betrag ist damit bei der Ermittlung der Verschonungshöhe auf Ebene der B-GmbH der Gesetzesbegründung zufolge nicht zu beachten. Nur 0,5 Mio. Euro sind dort durch die „Stille Reserven-Escape“-Klausel weiterhin abziehbar. Die restlichen Verlustvorträge gehen nach Satz 2 vollständig unter. Würde dagegen die B-GmbH isoliert für sich erworben werden, so könnten die gesamten Verlustvorträge von 0,75 Mio. Euro verschont werden. Daher ist der

Sichtweise der Gesetzesbegründung bezüglich der stillen Reserven beim Erwerb mehrstufiger Beteiligungen nicht zuzustimmen²²⁸.

Variante A: Der Kaufpreis der Holdinggesellschaft A-GmbH, die nun keinen eigenen Verlustvortrag aufweist, betrage 1,5 Mio. Euro. Die restlichen Daten sind dem Ausgangsbeispiel zu entnehmen. Die A-GmbH bildet als Organträger nun einen Organkreis mit der B-GmbH als Organgesellschaft. Durch den Gewinnabführungsvertrag werden die nicht genutzten Verluste der B-GmbH der A-GmbH zugerechnet.

Lösung: Die A-GmbH verfügt über keine eigenen stillen Reserven. Aufgrund der Verlustzurechnung auf die A-GmbH als Organträger sollten auch die stillen Reserven der Organgesellschaft (B-GmbH) in Höhe von 0,75 Millionen zur Ermittlung der Verschonungshöhe auf Ebene der A-GmbH herangezogen werden dürfen. Folglich sind nun durch die „Stille Reserven-Escape“-Klausel die gesamten Verlustvorträge weiterhin abziehbar²²⁹.

²²⁸ Vgl. dazu oben Kap. C.II.2.f).

²²⁹ Vgl. dazu oben Kap. C.II.2.f)aa).

D. Würdigung der Gesetzesänderungen anhand der Konzernsteuerquote

I. Die Konzernsteuerquote als Beurteilungsmaßstab

1. Vorteile des Konzepts der Konzernsteuerquote

In den letzten Jahren hat sich die Konzernsteuerquote – im Englischen „effective tax rate“ (ETR) – zu einer bedeutenden steuerlichen Messgröße für den Unternehmenserfolg entwickelt. Dies ist insbesondere der zunehmenden Bedeutung der internationalen Rechnungslegungsgrundsätze nach US-GAAP und nach IFRS/IAS zuzuschreiben²³⁰. Werden Konzernabschlüssen nach diesen aufgestellt, so liegt nach IAS 12.81c und US-GAAP (SFAS 109.47) eine Pflicht zur Erstellung einer sogenannten Überleitungsrechnung²³¹ vor. Aus dieser ergibt sich auf entweder die Konzernsteuerquote direkt auf Grundlage des Vorsteuerergebnisses als effektiver Steuersatz oder indirekt als absoluter Betrag des effektiven Steueraufwands des Unternehmens, der dann in Relation zum Ergebnis vor Steuern gesetzt werden kann²³². Die Konzernsteuerquote bezieht sich dabei lediglich auf Ertragsteuern, denn sogenannte Kostensteuern wie Umsatz-, Verbrauchsteuern oder Zölle haben als Aufwand das Vorsteuerergebnis bereits verringert²³³. Dem Unternehmen steht damit eine Kontroll- und Steuergröße – bezogen auf die ertragsteuerliche Belastung und folglich auch die Leistung seiner Steuerabteilung²³⁴ – zur Verfügung, der dadurch ein hoher Stellenwert in der betrieblichen Steuerplanung beigemessen wird²³⁵.

Doch ebenso die wachsende Orientierung der Unternehmen am Kapitalmarkt spricht für das Konzept der Konzernsteuerquote, die sich dahingehend zu einer der wichtigsten Analysekennziffern entwickelt hat. Einer Studie zufolge sei sie mittlerweile gar das zweitwichtigste Thema auf Hauptversammlungen börsennotierter Unternehmen in Deutschland²³⁶. Aktionäre und Anleger setzen ihren Fokus insbesondere auf die Höhe der Dividenden, die ein Unternehmen nach einem Geschäftsjahr ausschütten kann. Operative Erträge oder das Kostenmanagement – beides auch maßgeblich für Unternehmensbewertungen – spielen dabei kaum eine Rolle, denn Grundlage für das Ausschüttungspotential ist nicht das auf diesen basierende Vorsteuerergebnis, sondern der Gewinn nach Abzug der Ertragsteuern. Für Investoren am Kapitalmarkt ist somit eine Ergebnisgröße wie die „earnings per share“ relevant, da diese den Nachsteuergewinn, also die Nettorendite, je Aktie darstellt. Die Konzernsteuerquote als Abbild der Ertragsteuerbelastung einer Unternehmung beeinflusst wiederum die „earnings per share“. Eine Erhöhung dieser kann bereits durch ein geringes Absenken der Konzernsteuerquote herbei-

²³⁰ Vgl. *Becker*, Grundlagen der Verlustnutzung, (2009), S. 60; *Zielke*, DB 2007, 2781, 2785.

²³¹ Für eine Erläuterung der Überleitungsrechnung vgl. *Meyer et al.*, Latente Steuern (2010), S. 282 ff.; detaillierter vgl. *Dempfle*, Charakterisierung, Analyse und Beeinflussung der Konzernsteuerquote (2006), S. 133 ff.

²³² Vgl. *Dempfle*, Charakterisierung, Analyse und Beeinflussung der Konzernsteuerquote (2006), S. 3.

²³³ Vgl. *Kessler/Kröner/Köhler*, Konzernsteuerrecht (2008), S. 1093.

²³⁴ Vgl. *Becker*, Grundlagen der Verlustnutzung, (2009), S. 60.

²³⁵ Vgl. *Zielke*, DB 2007, 2781, 2785.

²³⁶ Vgl. *Meyer et al.*, Latente Steuern (2010), S. 261.

geführt werden. Derselbe Effekt wäre lediglich durch eine erhebliche Steigerung des Umsatzes und des Gewinns zu erreichen. Für die börsennotierten Unternehmen selbst ist zudem entscheidend, dass die zukünftig erwarteten Nettorenditen erheblichen Einfluss auf die Kursbildung am Aktienmarkt haben²³⁷. Auch auf den Unternehmenswert – ermittelt durch das Ertragswertverfahren aus der Summe der zukünftig zu erwartenden, diskontierten Rückflüsse an die Anteilseigner – hat die Steuerbelastung Auswirkungen: Je höher diese ist, desto geringer sind die Rückflüsse an die Anteilseigner und damit der Unternehmenswert²³⁸.

2. Definition

Nach IAS 12.86 wird die Konzernsteuerquote berechnet, indem das Steuerergebnis²³⁹ durch das bilanzielle Vorsteuerergebnis geteilt wird²⁴⁰. Dabei besteht das Steuerergebnis aus tatsächlichem und latentem Steuerergebnis:

$$\text{Konzernsteuerquote} = \frac{\text{tatsächliches Steuerergebnis} + \text{latentes Steuerergebnis}}{\text{bilanzielles Ergebnis vor Steuern}} \times 100$$

Gestaltungsziel eines Unternehmens ist das Herabsenken der Konzernsteuerquote, sofern Zähler und Nenner positiv sind²⁴¹, das Unternehmen folglich ein positives Ergebnis vor Steuern erzielt und der Steueraufwand den –ertrag übersteigt. Durch Vermindern des Steuerergebnisses bzw. Erhöhen des Vorsteuerergebnisses²⁴² kann dies erreicht werden. Das tatsächliche Steuerergebnis ergibt sich aus dem Saldo von tatsächlichem Steueraufwand (zu versteuerndes Einkommen multipliziert mit dem gesetzlichen Ertragsteuersatz) und tatsächlichem Steuerertrag (z. B. durch Verlustrückträge). Das latente Steuerergebnis wird erhöht durch die Bildung von passiven latenten Steuern (latenter Steueraufwand). Ziel ist es allerdings, es zu verringern, wodurch eine Erhöhung des latenten Steuerertrags und damit der aktiven latenten Steuern erforderlich ist²⁴³. Dies kann vor allem durch nutzbare Verlustvorträge, deren Erhalt durch den § 8c KStG gefährdet wird, gewährleistet werden. Im folgenden Kapitel wird die Bedeutung der Verlustvorträge für die Senkung der Konzernsteuerquote betrachtet.

3. Latente Steuern und Verlustvorträge

Mit latenten Steuern werden temporäre Abweichungen zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz ausgewiesen und damit temporäre Effekte auf die Konzernsteuerquote eliminiert²⁴⁴. Dies wird als der „kompensatorische

²³⁷ Vgl. Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht (2008), S. 1092; Meyer et al., Latente Steuern (2010), S. 261.

²³⁸ Vgl. Meyer et al., Latente Steuern (2010), S. 262.

²³⁹ Unter einem Steuerergebnis mit positivem Vorzeichen ist zu verstehen, dass der Steueraufwand den Steuerertrag übersteigt.

²⁴⁰ Um einen Prozentsatz und damit die effektive Steuerbelastung zu erhalten, wird der Quotient wie in der darauffolgenden Formeldarstellung zusätzlich mit 100 multipliziert.

²⁴¹ Sind dagegen Zähler und Nenner negativ, bedeutet dies hohe latente Steuererträge mit einem negativen Vorsteuerergebnis. In so einem Fall ist für einen möglichen Investor eine hohe Konzernsteuerquote attraktiv, da dies ein Zeichen dafür sein kann, dass in Zukunft ausreichend zu versteuerndes Einkommen für die Verlustverrechnung zur Verfügung stehen wird; vgl. dazu Meyer et al., Latente Steuern (2010), S. 272. Im Folgenden soll jedoch ausschließlich der relevante Fall betrachtet werden, dass Zähler und Nenner positiv sind.

²⁴² Vgl. Meyer et al., Latente Steuern (2010), S. 267 ff., zum Einfluss des Vorsteuerergebnisses auf die Konzernsteuerquote

²⁴³ Vgl. Dempfle, Charakterisierung, Analyse und Beeinflussung der Konzernsteuerquote (2006), S. 117.

²⁴⁴ Vgl. Meyer et al., Latente Steuern (2010), S. 264 ff., die ein Rechenbeispiel dazu anführen.

Effekt latenter Steuern“ bezeichnet²⁴⁵. Durch das Einbeziehen von latenten Steuern soll die Vermögenslage zutreffend dargestellt werden. Aktive latente Steuern beispielsweise sind als zukünftiger Steuervorteil anzusehen und bei ihrer Entstehung zu erfassen²⁴⁶. Der Literatur zufolge lassen die Praxis der Konzernbesteuerung und die Analyse von Jahresabschlüssen gar den Schluss zu, dass die latenten Steuern die tatsächlichen Steuern sowohl bezüglich des Anteils als auch des Einflusses auf die Konzernsteuerquote überwiegen²⁴⁷. Nach IFRS (IAS 12.34) und US-GAAP (SFAS 109.16 f.) ist auf Verlustvorträge ein aktiver latenter Steueranspruch („deferred tax asset“) im Umfang des aus diesen entstehenden zukünftigen Steuervorteils zu bilden, sofern mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit steuerpflichtige Gewinne zukünftig zu erwarten sind. Doch auch im Zuge der Einführung des Bilanzmodernisierungsgesetzes (BilMoG) aus dem Jahr 2009 wurde das Handelsrecht dahingehend geändert, dass es dem internationalen Vorbild nach nun nach § 274 Abs. 1 Satz 4 HGB ebenfalls eine Aktivierung latenter Steuern auf Verlustvorträge in Höhe der innerhalb von fünf Jahren zu erwartenden Verlustverrechnung zulässt²⁴⁸. Folglich verursacht ein quotaler oder gar vollständiger Untergang von Verlustvorträgen gemäß § 8c Abs. 1 Satz 1 bis 4 KStG eine nicht unerhebliche Erhöhung der Konzernsteuerquote, während durch die Konzernklausel und die „Stille Reserven-Escape“-Klausel ein solcher Effekt verhindert oder zumindest verringert werden kann.

II. Auswirkungen der Neuregelungen auf die Konzernsteuerquote in den Fallbeispielen

Im Ausgangsfall von Beispiel 1 wird zunächst durch § 8c Abs. 1 Satz 1 bis 4 KStG ein quotaler bzw. vollständiger Untergang der Verlustvorträge der V-GmbH ausgelöst. Für den Konzern bedeutet dies, dass sich der latente Steuerertrag verringert und somit der Zähler in der Formel für die Konzernsteuerquote erhöht. Insgesamt hat dies eine höhere Konzernsteuerquote und somit geringere „earnings per share“ zur Folge. Für mögliche Anleger wird eine Investition unattraktiver. Doch nach dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz werden durch die Konzernklausel die Verlustvorträge vom Untergang verschont. Dadurch hat das Umhängen der V-GmbH keine negativen Auswirkungen auf Konzernsteuerquote und der Attraktivität des Konzerns am Kapitalmarkt. Ebenso verhält es sich in den Varianten A, D, E und F. In der Variante B greift die Konzernklausel aufgrund der 1-Prozent-Beteiligung von Person 1 an der T2-GmbH nicht. Durch diese geringfügige Fremdbeteiligung werden ein vollständiger Verlustuntergang und damit eine Erhöhung der Konzernsteuerquote verursacht. In Variante C dagegen können durch die „Stille Reserven-Escape“-Klausel zumindest ein Teil der Verlustvorträge gerettet werden, der Anstieg der Konzernsteuerquote kann dadurch immerhin abgeschwächt werden.

²⁴⁵ Vgl. dazu *Kessler/Kröner/Köhler*, Konzernsteuerrecht (2008), S. 1098 m.w.N.

²⁴⁶ Vgl. *Becker*, Grundlagen der Verlustnutzung, (2009), S. 38.

²⁴⁷ Vgl. *Kessler/Kröner/Köhler*, Konzernsteuerrecht (2008), S. 1098.

²⁴⁸ Vgl. BGBl. I 2009, 1102; vgl. ergänzend die Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 16/10067, 67. Für die Beurteilung der Fallbeispiele wird angenommen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bilanzierung der Verlustvorträge als aktive latente Steuern hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit zukünftiger Erträge erfüllt sind.

Im Fallbeispiel 3 und auch in ihrer Variante A dagegen ist eine Anwendung der Konzernklausel ausgeschlossen. Die Beteiligung der Konzernspitze an der Transaktion führt zu einer Erhöhung der Konzernsteuerquote und einer Verminderung der Investitionsattraktivität aufgrund des vollständigen Untergangs der Verlustvträge (vorbehaltlich der „Stille Reserven-Escape“-Klausel). Durch die vorgeschlagene Gestaltungsmöglichkeit können diese negativen Auswirkungen allerdings verhindert werden

Bei den Beispielen 2, 4 und sämtlichen Varianten des Beispiels 7 können durch die Konzernklausel auch hier die Verlustvträge als aktive latente Steuern aktiviert werden. Die Konzernsteuerquote bleibt jeweils unverändert. Ebenso verhält es sich mit der Aufwärtsverschmelzung in der Variante A von Beispiel 5. Bei dessen Variante B allerdings könnte ein Anstieg der Konzernsteuerquote lediglich mit einer Verschonung der Verlustvträge durch die „Stille Reserven-Escape“-Klausel je nach Höhe der stillen Reserven vermindert oder gar vollständig verhindert werden.

Auch der Sachverhalt in Beispiel 6 profitiert von der Konzernklausel. Die Konzernsteuerquote bleibt trotz Abwärtsverschmelzung unverändert. Die Betrachtung von Variante A allerdings zeigt, dass die Auswirkungen auf die Konzernsteuerquote aufgrund des Wortlauts der Konzernklausel von der Verschmelzungsrichtung abhängt: Im Ergebnis steht die gleiche Beteiligungsstruktur wie in Variante A von Beispiel 5. Jedoch wird hier die Konzernsteuerquote dennoch ansteigen, da die Verlustvträge nicht mehr nutzbar sind.

In Fallbeispiel 8 geht mit dem Erwerb der A-GmbH zunächst eine Erhöhung der Konzernsteuerquote einher. Mangels stiller Reserven i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 6 sind die Verlustvträge der A-GmbH nicht vor dem Untergang zu retten. Auf Ebene der B-GmbH wird allerdings deutlich, dass mit Zustimmung oder Ablehnung der Sichtweise der Gesetzesbegründung bezüglich der Ermittlung der stillen Reserven in mehrstufigen Beteiligungen eine Entscheidung über eine weitere Erhöhung der Konzernsteuerquote getroffen wird. Wird die Ansicht dieser Arbeit und damit die Ablehnung befürwortet, so steigt die Konzernsteuerquote durch die Transaktion nicht noch höher, da die Verlustvträge der B-GmbH trotz des Vorgangs als aktive latente Steuern bilanziert werden können. Ansonsten würde die Übernahme für den Erwerber noch unattraktiver sein, als sie ohnehin schon durch den Verlustuntergang auf Ebene der A-GmbH ist.

Ebenso der Erwerb einer mit einer steuerlichen Organschaft verbundenen Holdingstruktur, die in der Praxis häufig vorzufinden ist, kann für mögliche Abnehmer unattraktiv sein, wie die Variante A des Fallbeispiels 8 zeigt. Könnten die stillen Reserven der Organgesellschaft nicht der Holdinggesellschaft als Organträger, die selbst in der Regel über keine stillen Reserven i.S.d. Satz 6 verfügt, für die Ermittlung der Verschonungshöhe zugerechnet werden, so würden sämtliche Verlustvträge vollständig untergehen. Konsequenz daraus wäre eine erhöhte Konzernsteuerquote, was jedoch nicht den wahren Unternehmenserfolg der Organschaft widerspiegeln würde. Daher sollten die stillen Reserven einer Organgesellschaft dem Organträger in diesem Zusammenhang zugerechnet werden.

Anhand der Fallbeispiele wird deutlich, dass zwar § 8c Abs. 1 Satz 1 bis 4 KStG die Attraktivität von wirtschaftlich sinnvollen oder gar notwendigen Anteilsübertragungen durch ihren negativen Einfluss auf die Konzernsteuerquote schmälert, jedoch durch die neuen Verschonungsklauseln in Satz 5 bis 8 konzerninterne Umstrukturierungen davon ausgenommen werden bzw. der negative Effekt verringert wird. Kritisch ist dabei allerdings zu sehen, dass nicht alle konzerninternen Vorgänge ohne Verlustverschiebung von der Konzernklausel begünstigt werden und bei der „Stille Reserven-Escape“-Klausel an verschiedenen Stellen Klärungsbedarf besteht. In vielen Fällen ist unsachgerechterweise eine Erhöhung der Konzernsteuerquote die Folge.

E. Fazit

Ziel dieser Arbeit war es, ein Urteil darüber zu bilden, ob und inwiefern mit den im Wachstumsbeschleunigungsgesetz eingeführten Ausnahmeregelungen in § 8c Abs. 1 Satz 5 bis 8 KStG die gesetzgeberischen Zielsetzungen umgesetzt werden können.

Das allgemeine Ziel des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes ist die Beseitigung von Wachstumshemmnissen, insbesondere für international aufgestellte Konzerne sowie mittelständische Unternehmen. Doch gerade letztere werden durch den Wortlaut der Konzernklausel benachteiligt. Dieser setzt einen dreistufigen Aufbau voraus, doch vor allem zweistufige Beteiligungsstrukturen sind häufig in kleinen und mittelständischen Unternehmen zu finden. Wirtschaftlich sinnvolle Umgliederungen, die dem Wachstum jener dienen können, werden verhindert, da nicht genutzte Verluste nicht mehr verrechnet werden können. Daraus resultiert zudem ein negativer Effekt auf die Konzernsteuerquote und die Attraktivität für Investoren. Dieses Ergebnis widerspricht auch der Zielsetzung der Konzernklausel selbst. Demnach sollen sämtliche Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns, an deren Spitze eine einzelne Person oder Gesellschaft steht, begünstigt werden – dies ist auch beim zweistufigen Aufbau erfüllt. Eine Absicht des Gesetzgebers, derartige Konzernstrukturen zu benachteiligen, ist mangels eines sinnvollen Grundes nicht zu erkennen.

Doch nicht nur dieser Sachverhalt lässt daran zweifeln, dass der Wortlaut der Konzernklausel den Zielen des Gesetzgebers entspricht. Gerade die enorme Wichtigkeit der Auslegung des Ausdrucks „dieselbe Person“ und der Wertung der in der Gesetzesbegründung damit verbundenen Formulierung „eine einzelne Person oder Gesellschaft“ ist kritisch zu sehen: Legt man „dieselbe Person“ streng am Wortlaut und unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung als Singular aus, so sind sämtliche konzerninterne Umgliederungen von der Begünstigung ausgeschlossen, an deren Spitze mehr als eine Person bzw. Gesellschaft steht. Dies ist auch im Endeffekt der Grund für den Ausschluss von zweistufigen Beteiligungsstrukturen und Anteilsübertragungen, in denen eine Konzernspitze im Streubesitz selbst als übertragender oder übernehmender Rechtsträger involviert ist. Sind mehrere Personen bzw. Gesellschaften quotenidentisch an den involvierten Rechtsträgern beteiligt, liegt keine missbräuchliche Verlustverschiebung vor, dennoch wird ein schädlicher Beteiligungserwerb ausgelöst. Auch bei Verschmelzungen innerhalb einer Beteiligungskette kann dies negative Folgen für nicht genutzte Verluste und die Konzernsteuerquote haben, denn oftmals kann die Verschmelzungsrichtung entscheidend für die Anwendung der Konzernklausel sein, obwohl im Ergebnis dieselbe Struktur entsteht. Vor allem in den Fallbeispielen dieser Arbeit wurde deutlich, dass Konstellationen ohne Verschiebung von Verlusten auf Dritte nicht begünstigt werden, obwohl kein Grund dafür ersichtlich ist. Dies ist nicht sachgerecht und kann nicht Wille des Gesetzgebers sein. Die Konzernklausel sollte bei sämtlichen Transaktionen greifen, bei denen sich die Struktur der Beteiligung an der zu übertragenden Körperschaft nicht ändert.

Das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ der 100-Prozent-Beteiligung ist ebenso kritisch zu sehen. So ist es meines Erachtens unverhältnismäßig, wenn aufgrund einer geringfügigen Beteiligung eines Dritten von beispielsweise einem Prozent dennoch die gesamten nicht genutzten Verluste untergehen. Sofern man an der vollständigen Verschonung durch die Konzernklausel ausschließlich im Falle einer 100-Prozent-Beteiligung festhalten möchte, sollte entsprechend des Umfangs der Verlustverschiebung ein quotaler Verlustuntergang angesetzt werden. Meines Erachtens ist es allerdings sinnvoller, den zu eng gefassten Gesetzeswortlaut zu ändern und die Prozentgrenze herabzusetzen. In Hinsicht auf eine Abstimmung mit anderen Änderungen des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes (§ 6a GrEStG)²⁴⁹ erscheint der Vorschlag für eine Absenkung auf 95 Prozent sinnvoll. Doch aufgrund der Definition eines schädlichen Beteiligungserwerbs nach § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG ist vielmehr eine Erfordernis von lediglich 75 Prozent für die Anwendbarkeit der Konzernklausel zu befürworten²⁵⁰.

Die „Stille Reserven-Escape“-Klausel dagegen soll den Untergang von nicht genutzten Verlusten in Höhe der stillen Reserven verhindern, sofern kein zusätzliches Verrechnungspotential übergeht. Ermittelt werden die stillen Reserven durch den Unterschiedsbetrag von gemeinem Wert der Anteile und dem Eigenkapital der Körperschaft. Die Bestimmung des gemeinen Werts durch Unternehmensbewertungen kann, insbesondere beim Erwerb mehrstufiger Beteiligungen, erhebliche Kosten mit sich tragen, denn dem Steuerpflichtigen obliegt die Beweislast. Unter Umständen kann gar ein Verzicht auf die Inanspruchnahme der Verschonungsregelung lohnenswerter sein²⁵¹.

Für die Verschonungshöhe werden nur die stillen Reserven herangezogen, die im Inland steuerpflichtig sind. Dies ist soweit nicht zu beanstanden, da diese bei Realisation nicht dem Einkommen hinzugerechnet werden und somit nicht zur Verrechnung mit Verlusten zur Verfügung stehen. Lediglich bei Erträgen i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG ist aufgrund § 8b Abs. 3 KStG über eine Einbeziehung von fünf Prozent nachzudenken. Die Beschränkung auf die stillen Reserven des inländischen Betriebsvermögens ist jedoch zu kritisieren: Wird das Einkommen einer Auslandsbetriebsstätte der inländischen Körperschaft zwecks Versteuerung zugerechnet bzw. angerechnet, so wäre auch eine entsprechende Anrechnung ihrer stillen Reserven sachgerecht. An dieser Stelle korrespondiert der Wortlaut nicht mit dem Gedanken hinter der Verschonung der „Stille Reserven-Escape“-Klausel. Dies trifft auch für die Gesetzesbegründung bezüglich der Ermittlung der Verschonungshöhe bei mehrstufigen Beteiligungen zu. Generell ist die Vereinbarkeit der Gesetzesbegründung mit dem Gesetzeswortlaut nicht nur hier in Frage zu stellen. Bezüglich der Konzernklausel sind ebenso Formulierungen wie „Spitze“ oder „einzelne Person oder Gesellschaft“ vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks der Regelung zu hinterfragen²⁵².

²⁴⁹ Vgl. BGBl. I 2009, 3954.

²⁵⁰ Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.e)aa).

²⁵¹ Vgl. *Haß/Gosmann*, DB 2010, 1198, 1203.

²⁵² Vgl. dazu oben Kap. C.II.1.b)

Letztendlich lässt sich feststellen, dass der Gesetzgeber zwar mit den zwei neuen Klauseln die Auswirkungen des § 8c KStG bedeutend entschärft hat, jedoch zahlreiche Lücken vorhanden sind, durch die nicht wenige Sachverhalte dem Telos der Norm entgegen von den Ausnahmeregelungen unberücksichtigt bleiben. Dies ist vor allem dem zu eng gefassten Wortlaut geschuldet. Den Zielsetzungen des Gesetzgebers kann mit der vorliegenden Fassung nur teilweise entsprochen werden. Zu bemängeln ist vor allem die große Anzahl an Punkten, die eine Diskussion um die Auslegung auslösen, ohne dass eine Rechtssicherheit besteht. Anzuführen wären dazu beispielsweise die Problematik des gestreckten Erwerbs, die Verschonungsreihenfolge von den Verlustarten oder der Erwerb von Organschaften. Die Bestimmung des gemeinen Werts bei der Ermittlung der stillen Reserven i.S.d. Satz 6 durch eine Unternehmensbewertungen birgt mangels Festlegung von Methoden ebenfalls ein hohes Streitpotential.

Generell ist zweifelhaft, ob der § 8c KStG noch als wirkliche Missbrauchsregelung gesehen werden kann. Er scheint tatsächlich vor allem rein fiskalischen Zwecken zu dienen²⁵³. Denn bestraft werden durch Satz 1 bis 4 sämtliche Anteilsübertragungen – unbeachtlich dessen, ob überhaupt ein missbräuchlicher Verlusthandel vorliegt oder nicht²⁵⁴. Durch die zwei neuen Klauseln werden zwar Ausnahmen gebilligt, jedoch lässt sich hier keine klare Linie bezüglich einer Missbrauchsvermeidung erkennen: strukturell gleiche Verschmelzungsergebnisse unterliegen verschiedenen Rechtsfolgen, konzerninterne Umgliederungen ohne Verlustverschiebung werden nicht begünstigt, stille Reserven von im Inland steuerpflichtigen Auslandsbetriebsstätten werden nicht mit einbezogen. Dies verstößt meines Erachtens gegen den Grundsatz der Besteuerung nach Leistungsfähigkeit bzw. das objektive Nettoprinzip, denn es lässt sich keine Begründung seitens des Gesetzgebers finden, weshalb nicht genutzte Verluste durch eine Anteilsübertragung – vorbehaltlich der missbräuchlichen Gestaltung nach § 42 AO bzw. eines Mantelkaufs – überhaupt untergehen sollten. Schließlich sind Verlustvorträge und laufende Verluste Bestandteil des Einkommens und damit der Leistungsfähigkeit, nach der besteuert werden sollte²⁵⁵. Ein solcher Verstoß darf zudem gemäß der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lediglich aus beispielsweise Förderungs- oder Lenkungs Zwecken erfolgen, jedoch nicht aus fiskalischen Gründen²⁵⁶, wie es bei § 8c KStG der Fall ist. Daher ist meines Erachtens zugunsten des objektiven Nettoprinzips und zum Zwecke der Rückkehr zu einer Missbrauchsregelung eine Änderung des Wortlauts insbesondere der neu eingeführten Aus-

²⁵³ Gemäß des BMF wird ohnehin die Finanzierung der Senkung des Körperschaftsteuersatzes als hauptsächlicher Zweck angeführt (vgl. dazu oben Kap. B.I).

²⁵⁴ Bemerkenswert ist dabei, dass der § 8c KStG im internationalen Vergleich die restriktivste Vorschrift zum Mantelkauf darstellt. Im US-amerikanischen Steuerrecht wird durch einen schädlichen Beteiligungserwerb grundsätzlich kein vollständiger Verlustuntergang auslöst, sondern eine betragsmäßige Höchstgrenze für die Verlustverrechnung angesetzt. Nur wenn das Geschäft der Verlustgesellschaft nicht weitergeführt wird, senkt sich die Höchstgrenze auf null herab. Zahlreiche anderen Staaten stellen auf eine Anteilsübertragung in einem bestimmten Umfang in Verbindung mit dem Verlust der wirtschaftlichen Identität ab (vgl. dazu ausführlich Lenz, in: Kessler/Förster/Watrin, Festschrift Herzig, 131, 137 ff.). Eine Orientierung an den Regelungen anderer Nationen wäre empfehlenswert, soweit wirklich nur eine Missbrauchsregelung angestrebt wird.

²⁵⁵ Ähnlich Lenz, in: Kessler/Förster/Watrin, Festschrift Herzig, 131, 135 ff.; zum objektiven Nettoprinzip und den damit verbundenen Gewährleistung des Ausgleichs von Verlusten vgl. Birk, Steuerrecht (2009), S. 184, Rdnr. 615 ff.; in Schmiel, BB 2010, 151 ff. wird die Ungleichmäßigkeit der Besteuerung durch § 8c KStG diskutiert.

²⁵⁶ Vgl. Lenz, in: Kessler/Förster/Watrin, Festschrift Herzig, 131, 136.

nahmeklauseln dringend zu empfehlen²⁵⁷, sodass konzerninterne Beteiligungserwerbe ohne Verlustverschiebung auf Dritte grundsätzlich zu begünstigen sind und stille Reserven sachgerecht herangezogen werden dürfen.

²⁵⁷ Siehe ergänzend *de Weerth*, DB 2010, 1205, 1207, der gar eine Abschaffung des § 8c KStG befürwortet.

Literaturverzeichnis

Becker, Jan / Loitz, Rüdiger / Stein, Volker, *Steuroptimale Verlustnutzung*, 2009.

Bien, Roland / Wagner, Thomas, *Die Konzernklausel bei § 8c KStG*, BB 2010, S. 923 - 933.

Bien, Roland / Wagner, Thomas, *Erleichterungen bei der Verlustabzugsbeschränkung und der Zinsschranke nach dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz*, BB 2009, S. 2627 - 2634.

Birk, Dieter, *Steuerrecht*, 12. Aufl., 2009.

Bundesministerium für Finanzen, *Monatsbericht des BMF – März 2007, Die Unternehmensteuerreform 2008*, S. 87 - 99.

Cortez, Benjamin / Brucker, Benjamin, *Änderungen der Verlustabzugsbeschränkungsregelung des § 8c KStG durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz vom 22.12.2009*, BB 2010, S. 734 - 740.

de Weerth, Jan, *Die Sanierungsklausel des § 8c KStG und das europäische Beihilferecht*, DB 2010, S. 1205 - 1207.

Dempfle, Urs, *Charakterisierung, Analyse und Beeinflussung der Konzernsteuerquote* (Diss. Univ. Köln, 2006), 1. Aufl., 2006.

Dötsch, Erwald, *Verlustnutzung bei Körperschaften*, in: Spindler, Wolfgang / Tipke, Klaus / Rödder, Thomas (Hrsg.), *Steuerzentrierte Rechtsberatung, Festschrift für Harald Schaumburg zum 65. Geburtstag*, 2009, S. 253 - 264.

Eisgruber, Thomas / Schaden, Michael, *Vom Sinn und Zweck des § 8 c KStG – Ein Beitrag zur Auslegung der Norm*, Ubg 2010, S. 73 - 84.

Fey, Achim / Neyer, Wolfgang, *Erleichterungen bei der Mantelkaufnorm des § 8c KStG durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz, Konzernklausel, Sanierungsprivileg, Anrechnung stiller Reserven*, StuB 2010, S. 47 - 55.

Franz, Einiko B., *Enge oder weite Auslegung der „Konzernklausel“ in § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG?*, BB 2010, S. 991 - 1000.

Frey, Johannes / Mückl, Norbert, *Konzeption und Systematik der Änderungen beim Verlustabzug (§ 8 c KStG), Chancen und Risiken für die Gestaltungspraxis*, GmbHR 2010, S. 71 - 78.

Haßa, Guido / Gosmann, Martin, *Zweifelsfragen zu Konzernklausel und Verschonungsregel des § 8c KStG*, DB 2010, S. 1198 - 1205.

Herzig, Norbert / Bohn, Alexander, *Das Wachstumsbeschleunigungsgesetz als Umsetzung des Sofortprogramms der Koalitionsparteien zum Unternehmensteuerrecht*, DStR 2009, S. 2341 - 2349.

Kessler, Wolfgang / Kröner, Michael / Köhler Stefan, *Das Konzernsteuerrecht*, National – International, 2. Aufl., 2008.

Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, *Wachstum. Bildung. Zusammenhalt.*, 17. Legislaturperiode, 2009.

Lenz, Martin, *Alternativen zu § 8c KStG – internationaler Vergleich*, in: Kessler, Wolfgang / Förster, Guido / Watrin, Christoph (Hrsg.), *Unternehmensbesteuerung*, Festschrift für Norbert Herzig zum 65. Geburtstag, München 2010, S. 131 - 146.

Lenz, Martin / Ribbrock, Martin, *Versagung des Verlustabzugs bei Anteilseigner-wechsel – kritische Analyse des § 8 c KStG in der Fassung des Referentenentwurfs zur Unternehmensteuerreform 2008*, BB 2007, S. 587 - 591.

Meyer, Marco / Loitz, Rüdiger / Linder, Robert / Zerwas, Peter, *Latente Steuern, Bewertung, Bilanzierung, Beratung*, 2. Aufl., 2010.

Neyer, Wolfgang, *Verlustnutzung nach Anteilsübertragung: Anwendung der neuen Verschonungsregeln auf Konzernsachverhalte*, BB 2010, S. 1055 - 1062.

Orth, Manfred, *Verbesserte Verlustverrechnungsmöglichkeiten*, Ubg 2010, S. 169 - 178.

Pott, Christiane / Wittkowski, Ansa, *Fortführung steuerliche Verlustvorträge trotz § 8c KStG in Höhe übergehender stiller Reserven – Aufdeckung steuerlicher Vorteile auf Grundlage empirischer Evidenz*, StuW 2009, S. 139 - 150.

Rödter, Thomas, *Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (Wachstumsbeschleunigungsgesetz, Koalitionsvertrag)*, Ubg 2010, S. 162 - 168.

Scheipers, Thomas / Linn, Alexander, *Änderungen des § 8 c KStG durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz*, Ubg 2010, S. 8 - 16.

Scheffler, Wolfram, *Besteuerung von Unternehmen III, Steuerplanung*, 2010.

Scheunemann, Marc P. / Dennisen, Andre / Behrens, Stefan, *Steuerliche Änderungen durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz*, BB 2010, S. 23 - 35.

Scheunemann, Marc P. / Dennisen, Andre, *Unternehmensbesteuerung 2010 – Überblick über die im Wachstumsbeschleunigungsgesetz vorgesehenen Änderungen*, BB 2009, S. 2564 - 2567.

Schmiel, Ute, *§ 8c KStG in der Kritik: Ungleichmäßigkeit der Besteuerung durch Verlustverrechnungsbeschränkung beim Mantelkauf und anderen Anteilsübertragungen*, BB 2010, S. 151 - 157.

Schneider, Norbert / Roderburg, Georg, *Beratungsrelevante Änderungen durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz*, FR 2010, S. 58 - 67.

Sistermann, Christian / Brinkmann, Jan, *Wachstumsbeschleunigungsgesetz: Die Änderungen bei der Mantelkaufregelung, Entschärfung der Verlustabzugsbeschränkung durch Konzernklausel und Verschonung in Höhe der stillen Reserven*, DStR 2009, S. 2633 - 2638.

Statistisches Bundesamt, *Körperschaftsteuerstatistik*, URL: <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online.jsessionid=BB43EE6445DFF20A45E9B180A78444A1.tcgggen1?operation=statistikAbruftabellen&levelindex=0&levelid=1272731105849&index=2> (01.05.2010).

Wittkowski, Ansa / Hielscher, Stephan, *Änderungen des § 8c KStG durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz*, DB 2010, S. 11 - 18.

Bereits erschienene Titel

No. 1 Reinhard Becker, Tobias König und Kristijan Marelja:

Die Bilanzierung und Eigenmittelunterlegung von Kreditrisiken bei Kredit-Arbitrage-Programmen unter Einschaltung von Zweckgesellschaften – Lehren aus der Finanzmarktkrise 2007 ff. für die Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung des HGB, der IFRS/IAS und des KWG
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/1218>

No. 2 Gregor Merkel:

Funktionsverlagerung nach der Unternehmenssteuerreform 2008 – Unter besonderer Berücksichtigung von Forschung und Entwicklung
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/1220>

No. 3 Marc Braun:

Vergleichende Analyse der Unterkapitalisierungsregelungen in Frankreich, USA und Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Zinsschranke
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/1346>

No. 4 Jan Niederdorf:

Die Bedeutung des Steuergeheimnisses für die Tax Compliance – Eine vergleichende Betrachtung zwischen Schweden und Deutschland
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/1432>

No. 5 Tobias Kreckel, Robert Janke:

Immobilien- und Unternehmensbewertung im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht nach der Erbschaftsteuerreform 2009
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/1867>

No. 6 Sebastian Pohl:

Die steuerliche Behandlung von Sanierungsgewinnen
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/1947>

No. 7 Kai Frühbrodt:

Betriebsstättengewinnermittlung
Analyse der deutschen und internationalen gesetzlichen Vorschriften für grenzüberschreitende Bauaktivitäten - Eine Untersuchung für die Praxis
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/2111>

No. 8 Bu Hun Choi:

Ertragsteuerrechtliche Behandlung von Umwandlungen im Organkreis
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/2112>

No. 9 Peter Hofmann:

Die Anti- Treaty-/ Directive-Shopping-Regelung in §50d Abs. 3 EStG
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/2240>

No. 10 Michael Scharf:

Die Bildung von Bewertungseinheiten nach IFRS/IAS, HGB und Bilanzsteuerrecht
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/2364>

No. 11 Khang Dinh Van:

Verlustabzug gemäß § 8c KStG nach dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz vom 22.12.2009

Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/2366>